

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVI
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCIII

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.ª

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 Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES



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.

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

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 — 8.º, teléfono 547 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVI
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCIII

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

I.S.B.N.: 84-7787-348-8 (Fascículo I)
I.S.B.N.: 84-7787-351-8 (Obra completa)
N.I.P.O.: 051-93-019-9
I.S.S.N.: 0210-3001
Depósito Legal: M-126-1958

Solana e Hijos, Artes Gráficas, S.A.

SECCION DOCTRINAL

El finalismo, hoy (*)

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

I. EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN FINALISTA

Frente al concepto causal de la acción formuló Welzel el concepto finalista (1). La formulación del concepto finalista de la acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como de la crítica de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor (2). «El legislador» —decía Welzel (3)— «no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras ló-

(*) Conferencia pronunciada el día 26 de noviembre de 1992 en el Forum de Maringa (Paramá, Brasil), por invitación de la Universidad estatal de la misma Ciudad. El autor se ha limitado a añadir las citas imprescindibles.

(1) Por primera vez en su artículo *Kausalität und Handlung*, publicado en la *Z.Str.W.*, tomo 51, 1931, fasc. 5.º y reproducido recientemente en *Hans Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1975, pp. 7 y ss.

(2) Véase HANS WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlín, Leipzig 1935, incluido en *Hans Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, pp. 29 y ss.

(3) Véase WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 2.ª ed., 1955, p. 197 y 4.ª ed., 1962, pp. 243-4, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en *Festschrift für H. Niedermeyer*, Gotinga, 1953, incluido en Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, pp. 274 y ss., especialmente pp. 285-7 y *Vom Bleibenden und Vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburgo, 1964, especialmente pp. 6 y ss. y 20 y ss.

gico-objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario, su regulación será necesariamente falsa». Las estructuras lógico-objetivas no pueden ser ignoradas por valoración o regulación jurídica alguna.

Welzel enumera varias estructuras lógico-objetivas y la primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana. Acción es ejercicio de actividad finalista. El legislador no puede modificar ni ignorar la estructura finalista de la acción humana ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción si éste ha de corresponder al ser de la misma.

Para Welzel finalidad y voluntad de realización son sinónimos (4). Por ello rechaza la interpretación estricta de la finalidad, con arreglo a la cual, ésta comprendería únicamente las consecuencias que constituían el fin perseguido por el autor (5) y a lo sumo las que éste consideraba necesariamente unidas a la realización del fin (6). Rechaza asimismo Welzel la extensión de la finalidad a todas las consecuencias previstas por el autor como posibles (7). Quedan fuera de la voluntad de realización, según él, aquellas consecuencias que el autor prevé como posibles pero confía en que no se produzcan. La finalidad, la voluntad de realización, comprende según Welzel, el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba (8).

(4) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 35-6.

(5) Tesis mantenida por SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1975, pp. 201 y ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2.^a ed., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1984, pp. 77 y ss. y RODRÍGUEZ DEvesa-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 1992, pp. 464.

(6) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 160 y HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Cram de Gruyter*, Hamburgo, 1957, pp. 82 y ss.

(7) Sugerida por ENGISCH, en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, en *Festschrift für Ed. Kohlrausch, Walter de Gruyter*, Berlín, 1944, pp. 154 y ss. y GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la *Z.Str.W.*, Walter de Gruyter, Berlín, 1955, pp. 42 y ss.

(8) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 34 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 26 y ss.

II. SISTEMA DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO BASADO EN EL CONCEPTO FINALISTA DE LA ACCIÓN

Welzel, Armin Kaufmann y Maurach deducían de la estructura finalista de la acción humana que el dolo tenía que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos (9).

La inclusión del dolo en el tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos venía avalada, además, por otros argumentos de carácter sistemático: existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto (10), punición de la tentativa (11) y presencia en algunos tipos de conductas inequívocamente finalistas, que no pueden ser comprendidas de un modo puramente causal (12).

El dolo era concebido por Welzel como conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo (13). Era, por tanto, una finalidad referida a un tipo delictivo. No es correcto hablar, por ello, de dolo natural para referirse al concepto del dolo de Welzel, aunque se diferenciaba, sin duda, del *dolus malus*, de la teoría jurídica del delito tradicional, basada en el concepto causal de la acción y que comprendía la conciencia de la antijuridicidad.

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos lleva a una diferenciación, ya en el tipo, entre los delitos dolosos y culposos (14). En el tipo de lo injusto de los delitos culposos se incluye la producción de un resultado delictivo de un modo puramente causal, ciego, como consecuencia de una acción finalista que no responde al cuidado objetivamente debido.

Llega así Welzel a la formulación de la concepción personal de lo injusto, una concepción que distingue un desvalor de la acción y un desvalor del resultado (15). El desvalor de la acción en los delitos dolosos

(9) Véase WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.^a ed., 1955, p. 197, El nuevo sistema del Derecho Penal, pp. 14-15, 30 y ss., especialmente p. 34, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, p. 9 y *Das deutsche Strafrecht*, p. 37, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1959, pp. 16 y ss., y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, 4.^a ed., 1971, pp. 170, 228 y 233.

(10) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63 y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 231.

(11) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63.

(12) Véase, en este sentido, V. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948, pp. 54 y ss.

(13) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 64-5.

(14) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 59 y ss. y 127 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 61 y ss. y 69 y ss.

(15) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 62 y 128 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-8 y 69 y ss.

viene determinado por el modo, forma o grado de realización de la misma (16), por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto, cuando los haya y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor. En los delitos culposos el desvalor de la acción está constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El desvalor del resultado en los delitos dolosos y culposos está representado por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico.

Se discute, dentro de la escuela finalista, cuál deba ser la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Si lo injusto queda ya plenamente constituido (17) o agotado (18) por el desvalor de la acción, o si lo injusto queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (19).

Por lo que respecta a la culpabilidad, al extraer de ella el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido, es decir, el elemento objetivo de la culpa, su contenido queda reducido a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y los elementos de la reprochabilidad: el elemento intelectual, conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y el elemento volitivo, la exigibilidad de la obediencia al Derecho (20).

En relación con el elemento intelectual de la reprochabilidad hay que destacar que la conciencia de la antijuridicidad, en el sistema basado en el concepto finalista de la acción, ha quedado desgajada del dolo y aparece como un elemento de la culpabilidad. Welzel formula, por ello, la teoría de la culpabilidad para el tratamiento del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta. Según esta teoría, el error de prohibición no excluye el dolo, sino que cuando es vencible da lugar a una atenuación de la pena del delito doloso y cuando es invencible excluye la culpabilidad y la pena. Se contrapone, como es sabido, la teoría de la

(16) En el desvalor de la acción hay que incluir también, sin duda, los aspectos externos de la misma, como señaló JESCHECK; véase H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1988, pp. 215 y ss.

(17) Como estiman WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 62, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-8 y ARMIN KAUFMANN *Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, pp. 395-6 y 403 y ss.

(18) Esta es la opinión de D. ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humblot, Berlín, 1973, especialmente pp. 128 y ss., 135 y ss., 205 y ss., 209 y ss. y 308-9.

(19) Criterio mantenido por STRATENWERTH, en *Handlungs und Erfolgswert im Strafrecht*, *Schw. Zeitschrift für Strafrecht*, 1963, fasc. 3.^o, pp. 233 y ss. y *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1975, pp. 177 y ss., y por mí, véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I. Teoría jurídica del delito/1*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 363 y ss. y 401-2.

(20) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 152 y ss., 157 y ss. y 178 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 94 y ss. y 100 y ss.

culpabilidad a la teoría del dolo, que era la dominante en la teoría jurídica del delito tradicional y según la cual, el error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta excluye el dolo. Si el error era vencible da lugar a una responsabilidad por culpa o imprudencia y si era invencible exime de culpabilidad y de pena.

III. EL CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR

Del concepto de la acción finalista deducía también Welzel el concepto de autor en los delitos dolosos. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. «Autor es sólo aquél que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo». «El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer. El partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo» (21).

IV. ¿QUÉ QUEDA DEL FINALISMO HOY?

a) El concepto de la acción.

Del finalismo se rechaza hoy básicamente su tesis de la vinculación del Derecho a la naturaleza de las cosas, a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, pero se aceptan, generalmente, sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito.

Podemos hablar hoy de un resurgimiento del normativismo, frente al ontologismo de la escuela finalista (22); de un normativismo que enlaza, en cierto modo, con el dominante en la Ciencia del Derecho penal europea bajo la influencia de la filosofía jurídica neokantiana.

(21) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 99.

(22) Los representantes más destacados de este nuevo normativismo, en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana, son JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991 (véase ya el prólogo) y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992, especialmente pp. 113 y ss. y 123 y ss. GEORG KÜPPER, discípulo de Hirsch, intenta, en cambio, una defensa a ultranza del ontologismo welzeliano, en su obra *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker-Humblot, Berlín, 1990.

Se explica, por ello, que aunque se acepten generalmente las consecuencias del finalismo en la teoría jurídica del delito se rechaza el concepto finalista de la acción.

¿Pero el concepto finalista de la acción es realmente un concepto ontológico? ¿No existen formas de conducta humana no finalistas? Los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto y los movimientos durante el sueño (piénsese en el sonámbulo) no responden, sin duda, al concepto finalista de la acción.

Ahora bien, si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana (23). Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica. El Derecho tiene que partir entonces del concepto finalista de la acción. No se trata, en rigor, de un concepto ontológico, pero es vinculante para el Derecho siempre que éste parta de la concepción del hombre como persona (24). Un concepto de acción diferente al finalista sería entonces no sólo incongruente, sino inútil o perturbador en la construcción o interpretación de los tipos de lo injusto. El normativismo encuentra aquí un límite insalvable (25).

Carecen de fuerza las objeciones al concepto de la acción finalista por no comprender el resultado en los delitos culposos, ni la omisión, pues se deben a una exageración del pensamiento sistemático (26).

La omisión no es acción. Entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción (27) y ésta no permite elaborar un concepto genérico de conducta. El concepto de la acción finalista y el concepto de la omisión a él referido (no realización de una actividad

(23) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1957, pp. 13 y ss. (traducción castellana publicada por mí, *El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. VIII, n.º 19, 1964, pp. 7 y ss.).

(24) Véase ya en este sentido mi artículo *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961 (incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 54 y ss.) y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, pp. 278-9.

(25) Es sintomático que MIR PUIG considere también necesario atender a la estructura finalista de la acción humana, aunque según él, dicha necesidad se deriva de la función preventiva de la norma; véase, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 52 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., P.P.U., Barcelona, 1990, pp. 125 y 173 y ss.

(26) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, pp. 266 y ss. y 277 y ss.

(27) Como ha señalado ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 85.

finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta) pueden cumplir la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema.

La función de elemento básico no implica, por otra parte, como se ha supuesto erróneamente por exageración del pensamiento sistemático, la necesidad de que pertenezcan a la acción o la omisión todos los elementos del tipo de lo injusto de los delitos dolosos y culposos. La función como elemento básico queda satisfecha si el concepto de la acción o la omisión permite una interpretación satisfactoria, convincente, de *todos* los tipos de lo injusto. El concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción permite una comprensión más correcta de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en éstos el resultado causado quede fuera de la acción.

b) La concepción personal de lo injusto

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos es hoy aceptada casi unánimemente en la Ciencia del Derecho penal alemana (28) y por la inmensa mayoría de los penalistas españoles (29). Se rechaza, sin embargo, en general, que la inclusión del dolo en el tipo pueda deducirse de consideraciones ontológicas, concretamente de la estructura finalista de la acción humana, como pretendían Welzel, Armin Kaufmann y Maurach (30).

La objeción me parece válida. La estructura finalista de la acción es compatible con una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro de un bien jurídico (31). Es cierto que las normas no pueden tener por objeto sino acciones finalistas, como señaló

(28) Véase, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 217 y ss. y 260 y ss., JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 255 y ss. y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 112-3, 143 y 266 y ss.

(29) Véanse numerosas referencias bibliográficas en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, p. 345, nota 46.

(30) Entre los penalistas no finalistas únicamente JESCHECK admite que la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos se deriva necesariamente de la estructura finalista de la acción humana: «También el concepto social de la acción tiene que reconocer este argumento ontológico, puesto que en la conducta activa se atiene igualmente a la finalidad como categoría fundamental»; véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 217.

(31) Véase ya en este sentido mi artículo, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, publicado en 1961 (citado en la nota 24) e incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 57.

Armin Kaufmann (32) y que el juicio valorativo que constituye el presupuesto lógico inmediato de la norma (son valoradas negativamente las acciones dirigidas a la lesión del bien jurídico o que llevan consigo la posibilidad de dicha lesión) ha de tener el mismo objeto. De ello no cabe deducir, sin embargo, que el dolo tenga que ser un elemento subjetivo de lo injusto. Es imaginable un Código Penal en el que las figuras delictivas estén redactadas de tal forma que no sea necesario apreciar elementos subjetivos de lo injusto, un Código Penal en el que no se castigase la tentativa de delito, es decir la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a producir un resultado delictivo (33). De un Código Penal de esta índole se derivaría una concepción puramente objetiva, despersonalizada, de lo injusto.

Se ha puesto en duda, por otra parte, que el contenido del dolo esté preconfigurado ontológicamente.

La identificación de finalidad y voluntad de realización, que lleva a cabo Welzel, es discutible, pero me parece aceptable (34).

No es cierto, además, que al concebir el dolo como finalidad jurídicopenalmente relevante, es decir, al concebir Welzel el dolo como finalidad referida a un tipo delictivo, *el concepto de finalidad (y por tanto, el concepto finalista de la acción)* adquiera un contenido normativo, como supone Roxin (35). Es únicamente el dolo el que adquiere un contenido normativo *por la referencia de la finalidad a un tipo delictivo*. Pero el finalismo nunca mantuvo la tesis de que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico-objetivos y los axiológicos (36).

Es cierto, sin embargo, que para precisar los límites del dolo en los supuestos de error sobre el curso causal, en el error en el objeto, el error *in personam* y en la *aberratio ictus* es preciso acudir a criterios normativos. El propio Welzel, para determinar si la desviación del curso causal era esencial y debería dar lugar a una exclusión del dolo acudía al criterio de la previsibilidad objetiva (37). Una desviación del curso causal sería esencial si no era objetivamente previsible, es decir previsible por el ser humano en general. En la solución de los problemas que plantea el error en el objeto (una de cuyas variedades es el error en la persona) y la

(32) Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1954, pp. 67 y ss.

(33) Esta posibilidad fue señalada por BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1957, pp. 152 y ss.

(34) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, pp. 265-6.

(35) Véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 142 (n.º 24).

(36) Véase STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, p. 28 y ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 16 y ss

(37) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 73.

desviación en el golpe (*aberratio ictus*) acudimos al criterio de la equivalencia del objeto o de la persona desde el punto de vista de los tipos de lo injusto (38), criterio que, sin duda alguna, es de carácter normativo.

La inclusión de la inobservancia del cuidado debido en el tipo de lo injusto de los delitos culposos tenía precedentes ya anteriores al finalismo (39) y es hoy aceptada casi unánimemente en la Ciencia del Derecho penal alemana y por la mayor parte de los penalistas españoles. La discusión se centra hoy en si el deber de cuidado debe ser considerado como un deber objetivo, cuyo contenido sería el cuidado necesario para el desarrollo de una actividad social determinada, como estima la opinión dominante (40), o debe ser concebido de un modo subjetivo, de modo que cada persona estaría obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad (41).

El avance del normativismo se ha puesto de manifiesto en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva de resultados.

Se propugna la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos mediante los criterios de imputación objetiva. No basta con que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado típicos, sino que es preciso, se dice, que el resultado sea, además, imputable a la acción (o la omisión).

Para que esto sea así, se exige que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la conducta dolosa del autor, que sea objetivamente previsible *ex ante* (42).

(38) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 354-5.

(39) ENGISCH fue el primero que incluyó en el tipo de lo injusto «la inobservancia del cuidado necesario»; véase KARL ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión de la edición de Berlín, de 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 344.

(40) En Alemania (véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 509 y ss. y 521 y ss.) y en España (véanse numerosas referencias bibliográficas y jurisprudenciales en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 389-390).

(41) Criterio mantenido por STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, 3.^a ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, pp. 294 y ss., G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1972, pp. 64 y ss. y *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, pp. 315 y ss., SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, Allgemeiner Teil, 5.^a ed., Metzner, 1989, apéndice al art. 16, n.º 13 y ss. y HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 3.^a ed., Berlín-Nueva York, 1988, pp. 206-7, en Alemania y BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal, Madrid, 1990, p. 244.

(42) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Festschrift für R. Honig, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1970, pp. 135 y ss. y 144 y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 230-2 (n.º 36, 39 y 41), 233-4 (n.º 45-46) y 238-9 (n.º 59-62), RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, Allgemeiner Teil, A. Metzner Verlag, 5.^a ed., 1990, introducción al art. 1.º, n.º 57 y en España GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 101 y ss. (si el resultado no era objetivamente previsible falta la reprochabili-

No es imputable objetivamente el resultado, por otra parte, si en la realización de la acción peligrosa el sujeto había observado el cuidado objetivamente debido (era un peligro lícito) (43).

Algunos penalistas exigen no sólo que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, sino que esté comprendido, además, en el ámbito de protección de la norma (44).

No es imputable tampoco el resultado si el sujeto se esforzó en y consiguió disminuir el riesgo de su producción (principio de la disminución del riesgo) (45).

La imputación objetiva del resultado quedaría excluida asimismo cuando se hubiera producido con la misma intensidad y en el mismo tiempo como consecuencia de la acción lícita (por estar amparada por una causa de justificación) de otra persona, o simplemente de los factores causales concurrentes en el caso (criterio de la causa sustitutoria) (46).

dad objetiva), S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 247-8 y A. TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, pp. 844 y ss., Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, fasc. 1.º, pp. 33 y ss.

(43) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, pp. 136 y ss. y 144, Finalität und objektive Zurechnung, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, pp. 245 y ss., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 231-2 (n.º 39 y 41), 237-8 (n.º 56-57), RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 57 y 62, G. JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, pp. 201 y ss. y GIMBERNAT, La causalidad en Derecho Penal, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, fasc. 3.º, pp. 567 y ss., Delitos cualificados por el resultado y causalidad, pp. 103-4 y 151 y ss. y ¿Qué es la imputación objetiva?, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 215-6.

(44) Véase, en este sentido, RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 62, 63 y 64, G. JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 220 y ss., TORÍO, *Versari in re illicita y delicto culposo*. El denominado caso fortuito impropio, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, fasc. 1.º, pp. 39-40, *Los delitos de peligro hipotético*, *lug. cit.*, pp. 845 y ss., Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, pp. 393 y ss. y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, p. 249. ROXIN distingue el fin de protección de la norma de cuidado que delimita el riesgo permitido (según él, tanto en los delitos dolosos como culposos) y el fin de protección de la norma implícita en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos y culposos. En este último caso sería mejor, según él, hablar del criterio del ámbito del tipo; véase ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 239 y ss. (n.º 63 y ss.), especialmente p. 242 (n.º 71), 247-8 (n.º 84) y 248 (n.º 85).

(45) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, p. 136, *Finalität und objektive Zurechnung*, pp. 242 y ss. y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 232-3 (n.º 43-44), RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 58 y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 245-6.

(46) Sustentado con diversas variantes por E. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Metzner, Frankfurt A.M. 1972, pp. 86 y ss. y 96 y ss., RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 59 y ss. y JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 233 y ss.

Estos criterios de la imputación objetiva son discutibles, pero no voy a detenerme ahora en su análisis crítico, que he realizado ya en otro lugar (47). Me limitaré a exponer brevemente mi opinión.

En los delitos de acción dolosos su campo de aplicación es, a mi juicio, muy limitado.

Sólo en los delitos calificados por el resultado está justificada la exigencia de que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, es decir que el resultado aparezca como realización del peligro, de la tendencia, implícita en la conducta inicial dolosa. La exigencia en todos los delitos de acción dolosos de que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, que fuera objetivamente previsible *ex ante*, conduciría a consecuencias sumamente insatisfactorias, se produciría una restricción excesiva del ámbito del tipo.

La referencia al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de los bienes jurídicos carece de sentido, a mi juicio, en los delitos de acción *dolosos*, pues en ellos la conducta va dirigida por la voluntad del autor a producir la lesión o el peligro del bien jurídico.

Debe admitirse, en cambio, el criterio de imputación objetiva de que el resultado esté comprendido en el ámbito de protección de la norma, criterio que debe ser desligado del de la creación o aumento del riesgo. Es preciso, sin duda, que el resultado, aunque no fuera objetivamente previsible sea de aquellos cuya producción trate de evitar la norma. El resultado ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma.

Rechazables me parecen, en cambio, los criterios de la disminución del riesgo, pues supone la inclusión en el tipo de la solución de conflictos de intereses, cuyo lugar adecuado son las causas de justificación y de la causa sustitutoria, pues no hay base alguna en la ley para excluir la responsabilidad penal por el mero hecho de que el resultado delictivo causado por el sujeto se habría producido con la misma intensidad y en el mismo momento como consecuencia de la acción lícita de otra persona o de los factores causales concurrentes.

En los delitos de acción culposos la teoría de la imputación objetiva encuentra su principal campo de aplicación. Es preciso, sin duda, que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que fuera uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

En los delitos de comisión por omisión, la exigencia de que el sujeto ocupe una posición de garante y de que la omisión aparezca como equivalente a la acción desde el punto de vista de su sentido social, o desde

(47) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 323 y ss., 396 y ss. y 399 y ss.

el punto de vista del contenido de lo injusto, son, en realidad, criterios de la imputación objetiva de resultados.

Pero lo que me importa destacar aquí es que la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión mediante los criterios de la imputación objetiva no pone en tela de juicio la aportación básica del finalismo, de que el dolo ha de ser un elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos y de que la inobservancia del cuidado (objetivamente) debido es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos, sino que viene a completarla. Se mantiene la distinción entre los tipos de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión y se restringe únicamente su contenido, en el ámbito del tipo objetivo, mediante los criterios de la imputación objetiva. Se viene a completar la superación de la vieja concepción del tipo, de un tipo común para los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión, constituido por la simple causación de un resultado mediante un movimiento corporal voluntario o la omisión voluntaria de un movimiento corporal.

c) La trascendencia del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta

Con la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto ha hallado también general aceptación la teoría de la culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad de la conducta es concebida por casi todos los penalistas alemanes y por la mayor parte de los españoles como un elemento de la culpabilidad, independiente del dolo. El error de prohibición da lugar, si es invencible, a la exclusión de la culpabilidad y de la pena y si es vencible a una atenuación de la responsabilidad dolosa (o culposa).

La polémica doctrinal se centra actualmente en el tratamiento que deba darse al error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Según la teoría de la culpabilidad restringida el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no es un error de prohibición, sino que es un error sobre elementos del tipo o debe ser tratado como si lo fuera por llegarse, supuestamente, de este modo a consecuencias más justas (48).

(48) La teoría de la culpabilidad restringida es mantenida, en efecto, no sólo por los penalistas que defienden al mismo tiempo la teoría de los elementos negativos del tipo, sino también por otros penalistas, como GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, *lug. cit.*, p. 46 (nota 89), STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 153-4, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 418-9 y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, pp. 389 y ss.

La teoría de la culpabilidad ha hallado acogida en numerosos códigos penales: en la nueva parte general del Código Penal alemán (art. 17), en el Código penal suizo (art. 20), en el Código penal austríaco de 1975 (arts. 8 y 9), en el Código penal portugués de 1982 (art. 17), en el Código penal español (art. 6 bis a) y en la nueva Parte General del Código penal brasileño (art. 21).

En algunos de estos códigos (el alemán y el español) el legislador ha evitado tomar posición sobre el problema del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación; es decir, ha introducido una regulación del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición, pero no ha señalado si el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error de prohibición o es un error sobre un elemento del tipo. En los códigos penales suizo (art. 19), portugués (art. 16,2), austríaco (art. 8.º) y brasileño (art. 20, 1.º) se regula, en cambio, el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación en el sentido de la teoría de la culpabilidad restringida. El error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación da lugar a una responsabilidad por un delito culposo o imprudente, si es invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena.

Se discute también, en el marco de la teoría de la culpabilidad, si la atenuación de la pena para el error de prohibición vencible debe ser meramente facultativa, como propugnaba Welzel y se establece en la mayor parte de los códigos penales que regulan el error de prohibición con arreglo a la teoría de la culpabilidad, o de carácter obligatorio, como sucede en el Código penal español (art. 6 bis a, párrafo 3.º) (49).

d) El concepto de autor

El concepto finalista de autor es el dominante en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana y ha hallado también considerable eco en la española (50), en gran parte porque permite una perfecta comprensión de la figura del autor mediato.

(49) Véase, a este respecto, mi artículo, O tratamento do erro de proibicao no Código penal espanhol, traducido al portugués por Luiz Regis Prado y publicado en *Fascículos de Ciencias Penais*, año 3, v. 3, n. 1, jan-fev-mar, 1990, pp. 14 y ss. y en *Revista dos Tribunais*, año 78, maio 1989, vol. 643, fasc. 2, pp. 398 y ss., así como mi contribución al *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, La regulación del error de prohibición en el Código Penal español, cuya traducción castellana se incluye en mi libro, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 113 y ss.

(50) Véase, por ejemplo, JESCHECK, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 590 y ss., CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach*, Ariel, Barcelona, 1962, II, p. 310 (nota 3), MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 177-8 y E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 215 y ss.

Es indudable, sin embargo, que el concepto finalista de autor en los delitos dolosos no se deriva de consideraciones ontológicas. Welzel partía de la base de que todo el que realiza la acción típica tiene el dominio finalista del hecho, pero esto no es así necesariamente. Maurach se percató de ello y decía que el que realiza la acción típica tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefragable (51). Pero, entonces, el componente normativo del concepto de autor es indudable.

En realidad el concepto de autor, la teoría de la autoría y la participación, forma parte, como señalaba el mismo Welzel, de la teoría de lo injusto. «La doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Por ello, los fundamentos de la teoría de lo injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la definición del autor; sobre todo la diferencia entre los tipos de los delitos dolosos y culposos es esencial para la definición del autor» (52). El propio Welzel consideraba que en los delitos culposos es autor «todo el que a través de una acción que infringe el cuidado exigible en el tráfico, causa en forma no dolosa un resultado típico» (53).

Del mismo principio de legalidad de los delitos y de las penas se deriva que autor tendrá que ser necesariamente, tanto en los delitos dolosos como culposos, el que realiza la acción típica.

En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

En los delitos dolosos será autor todo el que realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho (54).

Por otra parte, el que tenga el dominio del hecho será también autor aunque no realice la acción típica (autor mediato o coautor) si el código se inspira en una concepción personal de lo injusto (55). Este será el caso en todo código penal en que se castigue la tentativa de delito y sea preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, además del dolo. El que tiene el dominio del hecho aparece entonces como el centro personal de lo injusto.

(51) Véase R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 658.

(52) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 98.

(53) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 99.

(54) Véase, en este sentido, F. CHR. SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, pp. 39 y ss., 68 y ss. y 191 y ss.

(55) Véase ya, en este sentido, mi artículo, La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española (que fue mi contribución al *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*), incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pp. 172-3.

Si un código se inspirara, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. Se llegaría a un concepto extensivo de autor aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá

I

Sobre el alcance, significado material, función, ubicación sistemática y relación recíproca entre los conceptos de merecimiento de pena y de necesidad de pena (categorías utilizadas sobre todo en la dogmática penal alemana: *Strafwürdigkeit*, merecimiento de pena, y *Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*, necesidad de pena) no existe unanimidad en absoluto (1). Las coincidencias al respecto no van más allá de la mera definición formal, tautológica, consistente en que «merecimiento de pe-

(*) Versión ampliada de la ponencia que bajo el título «*Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau*» presenté al «Colóquio Internacional para um sistema de Direito penal europeu» / «Internationales Kolloquium Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems», dirigido por los Profs. Schünemann y Figueiredo Días y celebrado en la Universidad de Coimbra del 20 al 22 de mayo de 1991 con motivo de la investidura como Doctor *honoris causa* del Prof. Claus Roxin. En la traducción al español de la versión original alemana ha colaborado sustancialmente mi discípulo José Manuel Paredes Castañón, de la Universidad de León, por lo que debo manifestarle públicamente mi agradecimiento.

(1) Cfr., con ulteriores referencias, las exposiciones, bastante divergentes, de ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, 1982, pp. 21 ss., 50 ss.; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 30 ss.; VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, ZStW 97 1985, pp. 872 ss. Sobre el interesante modo en que se aplican los conceptos de merecimiento de pena y de anti-juridicidad «merecedora de pena» en la doctrina japonesa, cfr. ASADA, *Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie*, ZStW 97 1985, pp. 465 ss.

na» significa que la conducta del autor merece una pena (por tanto, que la punición es merecida), y que «necesidad de pena» significa que se necesita la pena.

Incluso acerca del origen del concepto existe poca claridad. Así, por ejemplo, *Bloy* (2) retrotrae los primeros casos de aplicación del concepto de merecimiento de pena a *Gallas* (3) y *Sauer* (4), mientras que *Volk* (5) ve el origen del concepto ya en el siglo XIX. En todo caso, la diferenciación consciente entre merecimiento y necesidad de pena ha tenido lugar en las últimas décadas.

Según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo. Así p. ej., *Bloy* propone entender el concepto de merecimiento de pena bajo el enfoque del (des)valor ético-social y jurídico y, por el contrario, la necesidad de pena atendiendo al aspecto de la adecuación de la punición desde puntos de vista preventivos (6). O por su parte, *Schünemann* (7) deduce el merecimiento de pena de la existencia de un menoscabo suficientemente importante de un bien jurídico merecedor de protección, pero opina que la necesidad de pena presupone además la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la protección jurídicopenal. Por el contrario, *Günther* toma como punto de partida la necesidad de pena («exigencia de pena»: «Strafbedürfnis») para proponer luego restricciones mediante el merecimiento de pena (= proporcionalidad): por exigencia de pena o exigencia de protección penal entiende, conforme al pensamiento de la subsidiariedad, que una pena es necesaria si no existe ningún otro medio eficaz menos lesivo; sin

(2) Die Beteiligungsform, 1985, pp. 28, 32.

(3) Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, pp. 1 ss., 16 s., 32-34.

(4) Allgemeine Strafrechtslehre, 3.^a ed. de Grundlagen des Strafrechts, 1955, pp. 19 s.; Derecho penal, PG, trad. de DEL ROSAL y CEREZO, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 35 ss., donde sin embargo se traduce merecimiento de pena por «punibilidad»: ver nota * en pp. 36 s. de DEL ROSAL.

(5) ZStW 97 1985, p. 872 n. 2, con referencias a *Mittermaier* y *Jagemann/Brauer*.

(6) Cfr. BLOY, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, pp. 227 ss., 243 ss.; y sobre todo: Die Beteiligungsform, 1985, pp. 30 ss.

(7) Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 1978, pp. 40 s., 54 ss.; Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Festschrift f. Bockelmann, 1979, pp. 129 ss.; Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht, Festschrift f. H. J. Faller, 1981, pp. 358 ss.

embargo, a pesar de la existencia de necesidad de pena, una conducta puede no ser merecedora de ella cuando —y porque— una pena significaría una reacción desproporcionadamente grave frente a la misma (8). Así pues, de acuerdo con la concepción de *Günther*, el merecimiento de pena supondría un límite adicional a la exigencia o necesidad de pena.

Por otra parte, hay también opiniones según las cuales se compone un concepto amplio de merecimiento de pena a partir del merecimiento de pena en sentido estricto y de la necesidad de pena (por ejemplo, *Sax* (9) o *Schmidhäuser* (10)), y otras, al contrario, como la de *Volk*, según la cual dentro del sistema penal merecimiento de pena y necesidad de pena en definitiva acaban desembocando en lo mismo, puesto que el juicio de desvalor cumple funciones, y, a la inversa, también los fines de la pena están vinculados a valores (11): sin embargo, en todo caso y si hubiera que elegir, *Volk* preferiría englobar más bien ambos aspectos bajo el término necesidad de pena (12).

Por lo que se refiere a la ubicación sistemática de ambos conceptos dentro —o fuera— de la estructura del delito, se defienden igualmente opiniones completamente distintas.

Según una concepción muy probablemente mayoritaria, el merecimiento de pena y/o la necesidad de pena operan como principios materiales generales precisamente dentro de los elementos de la sistemática del delito. Pero a partir de ahí existen enfoques diversos acerca de cuáles son los elementos en cuestión. Para unos, todos los elementos del delito, o sea, injusto típico, culpabilidad, pero también las condiciones de punibilidad, han de ser concebidos desde el punto de vista de los criterios de merecimiento y de necesidad de pena (así, por ejemplo, *Bloy* (13), *Schmidhäuser* (14) o, con una visión distinta, *Jakobs* (15), que relaciona y vincula las distintas condiciones de punibilidad también con el injusto

(8) Cfr. GÜNTHER, Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre, JuS 1978, pp. 12 s.; Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß, 1983, pp. 193 ss., 236 ss.

(9) Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, III, vol. II, 2.^a ed., 1972, pp. 925 ss.

(10) AT, 2.^a ed., 1975, 2/14 ss. Vid. en el mismo sentido otras referencias de GALLAS, ESER y M.-K MEYER en *Bloy*, Die Beteiligungsform, 1985, pp. 34 s., n. 91-93.

(11) VOLK, ZStW 97 1985, pp. 894 ss. (898 s.).

(12) ZStW 97 1985, p. 899. También LANGE, Literaturbericht: Strafrecht-AT, ZStW 63 1951, pp. 457 s.

(13) Strafaufhebungsgründe, 1976, pp. 242 ss., 158 ss. (criterios de necesidad de pena en el desistimiento de la tentativa; por el contrario -pp. 224, 251-, en otros impedimentos a la punibilidad operan intereses no políticocriminales, sino de política jurídica); Die Beteiligungsform, 1985, pp. 37 ss.: la concepción del delito como conducta merecedora y necesitada de pena ha de plasmarse en todos los elementos del mismo, en sus aspectos valorativos y teleológicos.

(14) AT, 1975, 2/14, 12/2, 13/2-7.

(15) AT, 1983, 10/15 ss., 10/2 ss., 10/18 ss.

y con la culpabilidad). Para otros, por el contrario, el merecimiento de pena y los aspectos de los fines de la pena llegan hasta la culpabilidad inclusive, mientras que las especiales condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad no tienen relación alguna con consideraciones político-criminales sobre la pena, sino con intereses de política jurídica general: así p. ej. es la diferenciación que realiza *Roxin* (16). Por lo demás, la concepción de *Roxin* se aproxima a la diferenciación entre merecimiento y necesidad de pena —aunque realmente él no realice nunca dicha diferenciación expresamente— conforme al criterio de que el injusto típico y la culpabilidad con el sentido tradicional dan lugar ya al merecimiento de pena, pero que la necesidad de pena se comprueba únicamente en la categoría de la responsabilidad (17) (o culpabilidad en sentido amplio (18)), compuesta por la culpabilidad en sentido estricto y la responsabilidad de cuño preventivo; pues en efecto, para *Roxin*, la responsabilidad se determina en virtud de las exigencias preventivas derivadas de los fines de la pena (19). Otra variante es la posición de *Jakobs* (20), según la cual los principios de merecimiento y de necesidad de pena se plasman y funden de forma inseparable en cada elemento del delito; ahora bien, según él estos elementos son exclusivamente el tipo, el injusto y la culpabilidad, sin añadir la categoría de la punibilidad, pues las condiciones de punibilidad van ya incluidas en los elementos citados. En contraste con las anteriores posiciones, otros (por ejemplo, *Gallas* (21)) prefieren concentrar las consideraciones acerca del merecimiento de pena (incluyendo, dado el caso, las de necesidad de pena) en un único elemento del delito: en el tipo, el cual, en una concepción revi-

(16) Cfr. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 15 ss., 36 ss.; *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. de la 1.^a ed. por MUÑOZ CONDE), 1972, pp. 40 ss., 71 ss.

(17) Así ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1973, p. 34 (*Política criminal*, 1972, p. 68); «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, *Festschrift f. Henkel*, 1974, pp. 184 ss. («Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídicopenales, en: *Problemas básicos del DP*, trad. de LUZÓN PEÑA, 1976, pp. 212 ss.); *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, *Festschrift f. Bockelmann*, 1979, pp. 284 ss. (Culpabilidad, prevención y responsabilidad en DP, en: *Culpabilidad y prevención en DP*, trad. de MUÑOZ CONDE, 1981, pp. 155 ss.); *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, *ZStW* 96 1984, pp. 642 ss., 656; *Strafrecht AT*, I, 1992, pp. 536 ss.

(18) Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 15 s., 33 ss. (*Política criminal*, 1972, pp. 40 s., 67 ss.); *Festschrift f. Henkel*, 1971, pp. 181 s. (*Problemas básicos del DP*, 1976, pp. 209 s.); *AT*, I, 1992, p. 537.

(19) *Loc. cit.* en n. 17-18.

(20) *Loc. cit.* en n. 15.

(21) *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 32 ss., 42; BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, p. 33, cita como punto de partida de esta tesis una observación de SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, *ZStW* 57 1938, p. 297.

sada del mismo, de entre el amplio conjunto del injusto culpable selecciona lo que desde un punto de vista penal es más grave.

Más lejos todavía van las propuestas de tratar el merecimiento de pena o la necesidad de pena como categorías autónomas dentro del hecho punible. Así, por ejemplo, *Langer* (22) considera el merecimiento de pena como un elemento adicional del delito, tras el injusto y la culpabilidad, que expresa la inaceptabilidad para la comunidad jurídica del desvalor ético-social que implica el hecho. Y *Schünemann* (23) intenta construir, tras el injusto y la culpabilidad, que determinan el merecimiento de pena del hecho, un ulterior elemento autónomo del delito, la necesidad de pena (que englobaría adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la protección penal). Pero la verdad es que sería incluso concebible un último paso, y llegar a sustituir los elementos habituales de la estructura del delito por las nuevas categorías del merecimiento y de la necesidad de pena.

Finalmente, algunos defienden la posición de que el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que informan (y en su caso limitan o excluyen) no sólo los elementos del hecho punible, sino también otros requisitos de la pena distintos de aquéllos. Esta es la concepción de *Schmidhäuser* (24) y de *Bloy* (25), pero sobre todo la de *Volk*, que también incluye entre esos otros requisitos de la pena los del proceso penal (26).

II

A mi entender, el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios. Por lo demás, estos

(22) *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 275 ss., 327 ss.

(23) *Loc. cit. supra* en n. 7. En *Festschrift f. Faller*, 1984, pp. 362 ss., SCHÜNEMANN, adhiriéndose a R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 19 ss., 71 ss., 134 ss., 154 ss., y en polémica con HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 160 ss., 205 ss., intenta negar el merecimiento y la necesidad de pena del autor, en aplicación del enfoque víctima-dogmático, cuando falte el merecimiento y la necesidad de protección de la víctima.

(24) AT, 1975, 2/14 ss., 12/1 ss., 13/1-10 ss.

(25) *Die Beteiligungsform*, 1985, pp. 43 s.

(26) *ZStW* 97 1985, pp. 899 ss., 905 ss.

principios necesitan todavía una concreción mucho mayor de su contenido, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de como se viene haciendo habitualmente.

La posición de la que se puede partir, tal y como la ha formulado brillantemente *Roxin*, apoyándose y avanzando en el pensamiento valorativo de orientación teleológica, y como hoy se reconoce de forma generalizada, es la de que los principios políticocriminales no operan solamente como criterios valorativos para la crítica del Derecho vigente y la elaboración de propuestas de reforma *de lege ferenda*, sino que pueden y deben utilizarse también como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho penal vigente (27). Pues, por una parte, los principios políticocriminales están contenidos ya en las regulaciones legales a través de las decisiones legislativas, pero por otra, el espacio más o menos amplio abierto por el tenor literal de la ley y los ámbitos que no están (o no expresamente) regulados por la propia ley permiten recurrir en la interpretación a los distintos principios políticocriminales para tomar una decisión dentro de ese espacio de juego. Por consiguiente, si el Derecho penal contemporáneo se basa fundamentalmente en el principio de protección de los bienes jurídicos importantes y de la (co-implicada) vigencia del ordenamiento jurídico (28) frente a ataques gravemente reprobables, así como en los principios de subsidiariedad, de necesidad y de efectividad (29), dichos principios han de repercutir también de *lege lata* en las categorías e instituciones que constituyen los requisitos de la pena. Esto significa que las mismas han de ser interpretadas de tal forma que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria.

Los criterios de merecimiento y de necesidad de pena pueden expresar todas estas consideraciones (30), y hasta un cierto grado operando de

(27) Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 4 ss., 10 ss, *passim*; *Política criminal*, 1972, pp. 19 ss., 33 ss., *passim*.

(28) Subrayan este aspecto, SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 6/6-12, 9/86, 95 s. (en éstas últimas refiriéndose a la antijuridicidad de la agresión en la legítima defensa); JAKOBS, AT, 1983, 2/1 ss.; LUZÓN PEÑA, *Alcance y función del Derecho Penal*, ADPCP 1989, p. 32 y n. 91 (tb. en *Estudios penales*, Barcelona, PPU, 1991, p. 44 y n. 91).

(29) Cfr. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*; Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, en: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 12 ss., 40 ss. (Sentido y límites de la pena estatal; Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo, en: *Problemas básicos del DP*, trad. LUZÓN PEÑA, 1976, pp. 20 ss., 44 ss.); AT, I, 1992, pp. 7 ss.

(30) Asimismo DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 79 n. 155, opina que las exigencias políticocriminales que también hay que aplicar en el trabajo dogmático han de ser deducidas de la idea de merecimiento y de necesidad de pena.

forma conjunta, si bien en algunos aspectos actúan separadamente y partiendo de sus propios puntos de vista. No pueden entenderse como dos categorías completamente independientes, pues, como han destacado *Bloy* o *Díaz y García Conlledo*, valores y fines están estrechamente interrelacionados en muchos aspectos (31). El fin de la norma penal de evitar una conducta mediante su prohibición bajo amenaza de pena presupone precisamente un desvalor, una valoración negativa de esa acción —y el fin de la norma de oponerse al máximo a un hecho con los medios más duros, o por el contrario, no de forma tan perentoria y con medios más suaves, presupone también una valoración negativa de dicho hecho que será mayor o menor en función de la gravedad de su contenido o del peligro de amplia frecuencia en su comisión (32) (norma de valoración como *prius* lógico respecto de la norma de determinación (33)). Y también el desvalor (penal) de una conducta significa que la misma se dirige contra el fin de la norma (piénsese, por ejemplo, en el fin de protección de la norma como requisito de la imputación objetiva del resultado y de la consiguiente valoración del hecho como merecedor de pena o como totalmente merecedor de pena (34)), e implica por lo general la necesidad de punición en atención a las finalidades de la norma penal.

De esta manera, los argumentos del merecimiento y la necesidad de pena pueden reforzarse recíprocamente en muchos aspectos: por ejemplo, el fundamento material de la autoría puede explicarse, al menos parcialmente, por el hecho de que la acción del autor es aquella que la ley penal más primaria y gravemente desvalora y considera por ello merecedora de pena, pero también es al mismo tiempo la que dicha ley

(31) Cfr. BLOY, *Strafaufhebungsgründe*, 1976, p. 246; *Die Beteiligungsform*, 1985, p. 38 («la unidad dialéctica de los momentos valorativo y teleológico»; sin embargo, insiste —pp. 35 ss.— en que ambos juicios suponen criterios diferentes, pues en muchos casos, y a pesar de la valoración negativa, puede faltar la necesidad de pena, con lo que —p. 36— no existirá «congruencia entre necesidad y merecimiento de pena»); *DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*, *La autoría*, 1991, pp. 82, 611 s.

(32) Sobre ambos fundamentos de la valoración negativa, y del injusto del hecho por lo tanto, *LUZÓN PEÑA*, *Principio de igualdad, DP de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones*, *Estudios penales*, 1991, pp. 307 s.

(33) Cfr. *MEZGER*, *Die subjektiven Unrechtselemente*, GS 89 1924, pp. 240 s.; *Arthur KAUFMANN*, JZ 1956, pp. 355 ss; *HENKEL*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, pp. 61 s.; *LUZÓN PEÑA*, *ADPCP* 1989, pp. 43 s.; *Estudios penales*, 1991, p. 56.

(34) Por falta de imputación objetiva el hecho no es merecedor de pena en absoluto en los casos de imprudencia, pero también en los de «dolo» (dejando ahora a un lado el problema de si hay o no dolo propiamente dicho en estos casos) cuando el autor conoce la situación fáctica —como p. ej. la inadecuación del curso causal—: tentativa absolutamente inidónea o irreal; y en caso de que el autor no conozca la situación fáctica o supuesto de hecho de la falta de imputación objetiva, el hecho, habiendo dolo, no es totalmente merecedor de pena (es atenuadamente punible): según las circunstancias constituirá una tentativa idónea o inidónea.

quiere prohibir de forma más perentoria y prioritaria, y por ello califica como necesitada de pena (35).

Por otra parte, en algunas ocasiones las consideraciones de merecimiento y de necesidad de pena conducen pese a todo a resultados distintos (36), lo que puede ser utilizado para realizar restricciones recíprocas. Puede suceder en unos casos que, siendo el hecho en sí mismo merece-

(35) Así, sobre todo, mi discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pp. 78 s., 82 s., 85 ss., 454 ss., 485, 508 ss., 531 s., 638, 704 s., 753 s., *passim*, apoyándose parcialmente en trabajos de BLOY, STEIN y míos. BLOY, *Die Beteiligungsform*, 1985, pp. 314 ss., opina que las formas particulares de intervención o codelinencia de la autoría y de la participación, constitutiva cada una de un tipo de imputación, pueden ser concebidas como modificaciones del merecimiento y de la necesidad de pena, pero que (p. 320) en la autoría lo decisivo es la necesidad de pena, y concretamente la necesidad de prevención del injusto típico, mientras que (p. 321) la necesidad de pena de la participación depende de la existencia de determinadas formas —inducción o complicidad— de ataque al bien jurídico, por lo que en definitiva en la participación es más decisiva que en la autoría la oposición o combate a los desvalores de acción existentes. Críticamente frente a esto DÍAZ, *op. cit.*, pp. 611 s.: la especificidad de la cooperación y complicidad se explica más por ser menor el interés de la ley en la prevención de tales formas de actuación que por su menor desvalor de acción, o sea, por su menor merecimiento de pena; y por lo demás, no puede entenderse el desvalor de la acción —y el merecimiento de pena— de forma totalmente independiente de las consideraciones preventivas (en p. 86 n. 171, expresa DÍAZ otras diferencias frente a BLOY en relación con el menor merecimiento de pena de todas las formas de participación, incluyendo la inducción, frente a la autoría). Por otra parte, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 50 ss., 221 ss., 238 ss., 262 ss., 283 ss., utiliza como fundamento normativo de las formas de intervención el grado de perentoriedad de la norma de conducta en la prohibición de la misma y la peligrosidad (en el sentido de peligro de infracción de la norma) de la forma de ataque al bien jurídico. DÍAZ, *op. cit.*, pp. 528 n. 351, 700 ss., adopta también este punto de partida, pero (pp. 703 ss., 660 ss.) discrepa significativamente de STEIN en la aplicación de estos criterios a la inducción y a la coautoría. También yo mismo (cfr. LUZÓN PEÑA, *La «determinación objetiva del hecho»*. Observaciones sobre autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, p. 907, con referencia en n. 38 a la tesis doctoral, entonces aún no publicada, de mi discípulo DÍAZ, 1989; también en mis volúmenes recopilatorios: *Derecho penal de la Circulación —DPCir—*, 2.^a ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 126; *Estudios penales*, 1991, p. 218) he aludido a que el fundamento normativo de la autoría puede consistir en que las acciones que determinan autónomamente la producción del resultado son consideradas por las normas penales como las objetivamente más peligrosas para la lesión del bien jurídico y del orden jurídico, las que infringen de modo primario la norma penal y las que ésta quiere evitar más perentoriamente y con el máximo interés. En ese trabajo (ADPCP 1989, pp. 889 ss.; DPCir, 1990, pp. 105 ss.; *Estudios penales*, 1991, pp. 197 ss.) propongo por lo demás la *determinación objetiva del hecho* —o determinación objetiva del curso del hecho—, que constituye el fundamento objetivo de la autoría en el delito doloso, como el criterio de autoría tanto en delitos dolosos como en delitos imprudentes; adhiriéndose a mí, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pp. 532, 631 ss.

(36) En el mismo sentido, BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, pp. 35 ss.: pero en su construcción parece que en principio es únicamente la necesidad de pena la que limita al merecimiento de pena, y no al contrario.

dor de pena, no obstante, en virtud de las circunstancias concretas del autor o posteriores al hecho la pena sea innecesaria o inadecuada: limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena. O, al contrario, que una determinada pena aparezca como totalmente necesaria en atención a la situación del autor, pero que esté vedada debido a su desproporción con la gravedad del hecho: limitación de la necesidad de pena por el merecimiento de pena (así sucede en la ya citada tesis de Günther (37)). Ahora bien, este ejemplo muestra, si se reflexiona sobre sus premisas, que los citados conceptos deben ser delimitados de forma más precisa: pues en este caso se está determinando la necesidad de pena desde puntos de vista de *prevención especial*, y el merecimiento (y la necesidad) de pena se están restringiendo desde la perspectiva de las exigencias de *prevención general* (38) (o, según otra opinión, de la culpabilidad o de la retribución).

En la estructura sistemática del delito, ambos criterios no operan en un único elemento, sino en todos sus elementos, pues todos ellos conjuntamente constituyen los requisitos de aplicación de una pena (39), y por lo tanto deben ser examinados desde la perspectiva de cómo expresan el merecimiento y la necesidad de pena. Pero en todo caso, como ya se ha dicho, se debe determinar más precisamente el contenido de qué significa realmente el merecimiento y la necesidad de pena en cada elemento del delito. En este sentido, se debe aclarar de inmediato, si se rechaza la retribución como sentido de la pena, que *no sólo la necesidad sino que también el merecimiento de pena se basa en consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales* (40).

(37) Loc cit. en n. 8. En este sentido, por tanto, pueden apoyarse sus tesis, por lo demás unilaterales.

(38) En mi opinión, la prevención general intimidatoria, unida a los principios de eficacia y de necesidad, exige ya la proporcionalidad entre gravedad del hecho y pena: cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 s., 38 ss.; *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, CPC 1982, p. 96 (tb. en *Estudios penales*, 1991, pp. 266 s.) = *Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse*, GA 1984, p. 396 (adhiriéndome a GIMBERNAT, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, ZStW 82 1970, pp. 394 ss.; *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Problemas actuales de DP y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 98 ss.= *Estudios de DP*, 1976, pp. 70 ss.). Por lo demás, el límite de la proporcionalidad se deriva también de la prevención estabilizadora o integradora, que a mi juicio (al contrario de lo que opina la doctrina dominante) sólo puede aceptarse como una categoría secundaria derivada de la eficacia de la intimidación general, con el fin de limitar los posibles excesos de la prevención de integración mediante el criterio más restrictivo de la estricta necesidad de una pena para la intimidación: cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición*, pp. 27, 35 ss., 98 s.; CPC 1982, pp. 97 ss.; GA 1984, pp. 397 ss.; *Estudios penales*, 1991, pp. 267 ss.

(39) Así también BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, p. 37.

(40) En el mismo sentido (pero sobre todo en relación con la necesidad de pena), BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, pp. 38 s., 42 ss.

El tipo en sentido estricto —dejando ahora a un lado el hecho de que personalmente definiendo una interpretación del tipo en sentido amplio como tipo global de injusto (41)— tiene, además de su función de garantía, la misión de seleccionar y describir aquellas formas de conducta que suponen al menos un indicio de que (y en qué medida) la acción posee un desvalor relevante y por ello está (penalmente) prohibida de forma objetivo-general. Esto quiere decir a su vez que la punición de la acción es por regla general necesaria para los fines preventivo-generales de la pena —la amenaza de pena resulta necesaria para evitar mediante la intimidación general acciones cuya realización se considera altamente indeseable y para lograr con ello el reconocimiento social de las normas jurídicas y la confianza en el ordenamiento jurídico— y también para la prevención especial —pues normalmente existe el peligro de repetición de dicha acción disvaliosa— (42).

Pero, sobre todo, a la inversa significa que, ante una acción que ni siquiera es típica no existen necesidades preventivo-generales ni preventivo-especiales, pues se trata precisamente de una acción no indeseable, o al menos no tan intensamente indeseable, por lo que el Derecho penal no tiene por qué preocuparse por la posible repetición, general o individual, de una acción que no es valorada negativamente o no lo es en tan alto grado. Esto puede suceder no sólo por falta de cualquier elemento típico, sino también al concurrir una causa de exclusión de la tipicidad penal (por insignificancia, tolerancia social, en parte en casos de adecuación social, por inexibilidad penal general, en ciertos casos de consentimiento de *facto* pero inválido jurídicamente, etc. (43)). En estos

(41) Comparto, por tanto, la *teoría de los elementos negativos del tipo*: LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978, p. 251 n. 443; El error sobre causas de justificación: algunas precisiones, en Estudios penales, 1991, pp. 72 ss.; Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, Estudios penales, 1991, pp. 97 ss.

(42) La mayor, menor o inexistente necesidad tanto de prevención general como frecuentemente también de prevención especial se refleja ya en el injusto o, en su caso, en su aumento, disminución o exclusión: cfr. LUZÓN PEÑA, Estudios penales, 1991, pp. 302, 307 s., 315 s. Vid. también el texto que sigue a continuación.

(43) ROXIN, JuS 1964, pp. 376 ss.; Kriminalpolitik, 1973, p. 24 y n. 53 (con ulteriores referencias = Política criminal, 1972, p. 53 y n. 53), ha propuesto el principio de insignificancia como restricción del tipo de injusto (en la doc. española, por primera vez, MIR, El delito de coacciones en el CP, ADPCP 1977, pp. 300 s.). La tolerancia social (¡no la administrativa!) de la realización de un hecho bajo ciertas circunstancias es cierto que no lo justifica, pero, en un Estado democrático de Derecho, debe al menos excluir la tipicidad penal de la acción, también en virtud de la insignificancia de la conducta. (Considerando ya el principio de insignificancia y la tolerancia social como causas de atipicidad penal, LUZÓN PEÑA: Refiriéndome sólo al principio de insignificancia, en: Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 511 s.; Tráfico y consumo de drogas, en La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales, Madrid, 1982, p. 67 = EPen, 1991, p. 533; Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites

casos —que pueden ser denominados también causas de atipicidad penal o, a la manera de *Günther*, causas de exclusión del injusto penal, pero que de ninguna forma pueden contarse entre las causas de justificación, puesto que no justifican (44)— se suprime el indicio contenido en el tipo legal (positivo) de la existencia de desvalor y de prohibición penal de la acción, pero no por haber una autorización jurídica e incluso valoración positiva del hecho, sino porque el hecho, a pesar de considerarse ilícito en otros sectores del ordenamiento, no es lo suficientemente grave, por lo que la pena, en cuanto *ultima ratio* tampoco es necesaria para el mismo. Y en caso de gravedad relativamente mayor o menor del hecho típico se modifica consiguientemente la intensidad del desvalor y de la prohibición, y con ello también el grado de merecimiento y de necesidad de pena.

En el injusto, o se comprueba el indicio de desvalor y de prohibición proporcionado por el tipo (positivo) —y en tal caso existe una ne-

de una causa de justificación (error sobre la ilegalidad de una detención intimidatoria de autoridad por funcionario), PJ 1990-19, p. 287 =LL 1991-1, p. 355; EPen, 1991, pp. 92 s. Incluyendo el principio de insignificancia y la tolerancia social, en: Protección penal de la intimidad y derecho a la información, ADPCP 1988, p. 62 s.; tb. en EPen, 1991, pp. 447 s.; Delitos contra el honor, desacatos y libertad de expresión en DP español, en: Justicia penal y libertad de prensa I, CCE/ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, p. 219). Lo mismo sucede con aquellos casos de adecuación social que pese a todo no se puedan considerar jurídicamente adecuados.

La inexigibilidad, tal y como indicó HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, Festschrift f. Mezger, 1954, pp. 249 ss., 268, 306, puede excluir no sólo la culpabilidad, sino también el injusto, según se trate de inexigibilidad individual o general; en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la leg. defensa*, 1978, pp. 22 s. Pero puede haber casos no de inexigibilidad *jurídica* general sino meramente de inexigibilidad *jurídicopenal*, y entonces no se producirá la exclusión de toda la antijuridicidad (general), sino tan sólo del tipo de injusto penal. Por lo que se refiere al consentimiento, no me refiero ahora a los casos de un consentimiento que excluya ya la lesión del bien jurídico y por tanto el tipo positivo indiciario, como, por ejemplo, el consentimiento válido del propietario en el hurto (casos en los que por lo demás desaparece también la antijuridicidad general, y existe, pues, justificación); sino a aquellos casos en los que, por falta de un consentimiento jurídicamente eficaz del titular del bien jurídico, no existe justificación alguna y por tanto subsiste por ejemplo la responsabilidad civil, pero en los que, pese a todo, el asentimiento fáctico de ciertas personas excluye, conforme al sentido de la ley, la tipicidad penal: así v.g., en el hurto el consentimiento del propietario menor de edad en el apoderamiento de la cosa o, según el art. 490 CP, en el allanamiento de morada el acuerdo con la entrada de un extraño por parte del morador que no sea titular del derecho de admisión en la misma.

En general, sobre causas de exclusión de la tipicidad penal o de la antijuridicidad penal, aparte de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, C. Heymanns, 1983, LUZÓN PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, CPC 1988, pp. 633 s.; tb. en EPen 1991, pp. 333 s.

(44) Comparto en lo fundamental el punto de partida, pero no todas las consecuencias y aspectos concretos de la tesis de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, *passim*, sobre lo que aquí no es posible entrar en más detalles.

cesidad general de pena (de conminación y aplicación de la misma) para la prevención general y especial— o, en los casos de justificación, se desvirtúa el indicio por la autorización o incluso por la valoración positiva —lo que significa, naturalmente, que no existe necesidad alguna de pena, ni preventivo-general ni preventivo-especial—, pues no puede haber ningún interés en evitar en el futuro acciones permitidas o incluso positivas. Por lo tanto, no existe ni merecimiento ni necesidad de pena en los supuestos de exclusión del injusto (45).

La culpabilidad del autor por el hecho requiere responsabilidad e imputabilidad individual en atención a la motivabilidad normal por las normas y amenazas penales. Cuando concurre la culpabilidad, se confirma nuevamente para el sujeto en concreto la necesidad preventiva de pena (y el merecimiento de pena, si esto no se vincula a la idea de retribución) que se deriva en general de la acción penalmente típica y antijurídica. En cambio, si no existe culpabilidad o la misma está disminuida, desaparece o se reduce correlativamente la necesidad preventiva de pena (aparte del merecimiento de pena por falta de responsabilidad y por la aplicación de los principios de igualdad y de proporcionalidad). Pero, frente a lo mantenido por *Roxin* o *Gimbernat* (46), no creo que tanto las exigencias preventivo-generales como las preventivo-especiales operen de forma decisiva en la afirmación de la culpabilidad o que ambas falten cuando se produce su exclusión, sino que, a mi juicio, para la afirmación de la culpabilidad lo relevante es únicamente la prevención general (47), y por cierto no entendida, como pretende *Jakobs* (48), tan sólo como prevención positiva o integradora, sino como intimidación general con su consecuencia (y solamente eso) preventivo-integradora (49).

Si el sujeto no actúa culpablemente, la motivación que supone la amenaza penal no puede ser eficaz o al menos resultará perturbada por completo, por lo que la intimidación, aunque en general necesaria y deseable frente a acciones de esa clase, en el caso concreto aparece como inidónea e ineficaz. En tal situación, el sujeto no es una de las personas frente a las que tiene sentido intentar la evitación del delito a través de la amenaza de pena: por ello, no se le considera responsable —en este sentido, no existe, por tanto, merecimiento de pena— y su punición no parece necesaria a efectos de prevención general, pues los sujetos capaces de culpabilidad son conscientes de la diferencia respecto de aquéllos, por lo que no necesitan el castigo de los inculpables ni para su intimidación ni para mantener su confianza en el Derecho. Pero la impu-

(45) Loc. cit. *supra* en n. 42.

(46) Cfr. ROXIN, loc. cit. en n. 17 y 18; GIMBERNAT, El sistema del DP en la actualidad, ACJ 1971-2, pp. 281 ss. (Estudios DP, 1976, pp. 99 ss.); Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Festschrift f. Henkel, 1971, pp. 161 ss.

(47) LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, pp. 44 ss., 46 n. 95.

(48) Schuld und Prävention, 1976, pp. 10 ss.; AT, 1983, 17/18 ss.

(49) Cfr. n. 38 *in fine*.

nidad no se basa en absoluto en la falta de necesidad de prevención especial, pues en los supuestos de ausencia de culpabilidad o de exculpación puede perfectamente darse dicha necesidad de prevención especial (justamente mediante la imposición de medidas de seguridad, que no tienen finalidad alguna de prevención general), debido a la peligrosidad del sujeto (50). Así, cuando p.ej. *Roxin* ofrece determinados ejemplos de exclusión de la culpabilidad o de la responsabilidad sin que en ninguno exista necesidad alguna de prevención especial (51), ello se explica en mi opinión porque en realidad se trata de casos de exclusión del injusto o del injusto penal, o de comportamiento postdelictivo positivo del autor (y, por tanto, ajeno al delito en sí mismo).

Para concluir, conviene destacar que puede haber casos en los que, más allá de los tres elementos clásicos del delito, falte el merecimiento o la necesidad de pena. Por una parte, dentro todavía del hecho punible, en algunos casos especiales hay ciertas condiciones objetivas o subjetivas de punibilidad o causas de exclusión de la misma, en virtud de las cuales el comportamiento es considerado no merecedor o no necesitado de pena por causas distintas de los propios intereses preventivos, por ejemplo por intereses político-jurídicos (52). Por otra parte, existen otros requisitos de la pena además y después del hecho —lo que indica que nuestro Derecho penal no es exclusivamente un Derecho penal del hecho, aunque el hecho marque el límite máximo de la responsabilidad penal (53)—: así, en primer lugar, las causas de supresión de la punibilidad, que, como ha puesto de manifiesto mi discípulo *De Vicente* (54), se explican en parte por la ausencia de necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales, y en parte en virtud de intereses económicos, políticos o de otro tipo. Finalmente, hay supuestos en el campo de la suspensión y sustitución de la pena (55) y en el proceso penal (56) en los que el merecimiento o la necesidad de pena desaparecen en el caso concreto por razones preventivas o de otra índole.

(50) Cfr. *supra* n. 46-47.

(51) Por ejemplo, en *Festschrift f. HENKEL*, 1974, pp. 183 ss.= Problemas básicos del DP, 1976, pp. 211 s.: estado de necesidad, inexigibilidad, insignificancia en actuaciones imprudentes; y en *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 35 ss. (*Política criminal*, 1972, pp. 69 ss.), también el desistimiento en la tentativa.

(52) Esa es la explicación de *ROXIN*: cfr. *supra* n. 16.

(53) Cfr. *LUZÓN PEÑA*, Observaciones sobre la rectificación postdelictiva espontánea; Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones; ambos en: *Estudios penales*, 1991, pp. 258 ss., 315 ss.

(54) El comportamiento postdelictivo, Univ. León, 1985, pp. 323 ss., 347 ss.

(55) Cfr., más extensamente, *LUZÓN PEÑA*, Medición de la pena, 1979, pp. 68 ss., 87 ss.; La aplicación y sustitución de la pena en el futuro CP, *RFDUC monogr.* 6, 1983, pp. 413 ss.; tb. en *EPen*, 1991, pp. 279 ss.; *Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform*, en: *Hassemer* (ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987, pp. 103 s.

(56) Cfr. *VOLK*, *ZStW* 97 1985, pp. 905 ss.

La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana*

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Derecho Penal

Frankfurt am M.

SUMARIO: I. Después de la guerra y de los nazis. 1. Luz y sombra; 2. Denunciantes y jueces; 3. Renacimiento del derecho natural; 4. Razonamiento hermético.—II. Dogmática de las ciencias del espíritu. 1. Razonamiento hermético; 2. La teoría de la acción final; 3. Dogmática y metodología; 4. Política criminal de las ciencias del espíritu.—III. Teoría penal orientada a las consecuencias. 1. Política criminal orientada a las consecuencias; 2. Crítica al derecho penal; 3. Realidad e infinitud; 4. Aspectos conflictivos: a) protección de bienes jurídicos, b) prevención intimidatoria; c) resocialización; d) ciencias sociales, ejecución penal y formación de los juristas.—IV Derecho penal funcionalista. 1. Fundamental; 2. Ejemplos a) Tendencias; b) Ambito e instrumentos; c) acuerdos en el proceso penal; d) Agudización de la necesidad de la coacción. 3. El rol de la ciencia penal. a) Ciencia y praxis; b) Dogmática penal; c) Teorías de la pena; d) política criminal. 4. Preguntas y tareas.

I. DESPUÉS DE LA GUERRA Y DE LOS NAZIS

1. Luz y sombra

Después de 1945 ni la práctica jurídica ni la percepción del derecho volvió a ser como antes. No es un buen argumento que esto se haya po-

(*) Traducido por Hernán Hormazábal Malarée, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Girona.

dido constatar poco a poco y que por ejemplo, en 1968 el abismo respecto a 1944 aparecía más profundo que en 1948. Más bien antes prueba la impresión conforme a la cual la dimensión de los daños de la época del nazismo era difícil de apreciar y que sólo se pudo llegar a ella lenta y esforzadamente (1). Esto no quiere decir que el período nazi se apareció un día sin anunciarse y que después otro día se despidió sin más. Se sobreentiende que este período se fue preparando y también se sobreentiende que de diversas formas ha tenido continuidad (2). Más que nada se quiere destacar, por una parte que la praxis y la ciencia jurídica de la República Federal están profundamente marcadas por los acontecimientos del período nazi y, por la otra, que estas experiencias no están lisa y llanamente disponibles. Estamos más dispuestos a imaginarnos nuestro pasado y a borrar sus huellas en nuestro presente. (Por su parte, que esta tarea, por lo menos en apariencia, esté estimulada por las cuestiones que se vinculan con el juicio jurídico que merece la República Democrática Alemana, se apunta sólo al margen).

Este desdoblamiento entre luz y sombra dificulta extraordinariamente una interpretación correcta del período de la postguerra (y con ello también del período posterior) y facilita los fraudes y las falsas afirmaciones. El análisis de precisamente este período de nuestra historia tiene que contar con intereses actuales y controvertidos en determinadas conclusiones: mucho dependió y para muchos depende de cómo terminan estas conclusiones (3). A mayor abundamiento se puede esperar que los mencionados obstáculos precisamente en el ámbito del derecho penal, de su praxis, y también de su contenido científico, sean especialmente altos. Aquí se trata de una forma específica precisamente de nosotros mismos: de las normas fundamentales que aquí están en vigencia, de consecuencias jurídicas corporales, de moral cotidiana y por eso también de un vivo interés de la gente acerca de lo que pasa en este ámbito.

(1) Instructiva a este respecto en el ámbito del derecho penal la temprana exposición de Eb. SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1.^a Edición, 1947; 3.^a Edición (1965), párrafos 345 y ss. bajo el título «Der Zusammenbruch der deutschen Strafrechtspflege im nationalsozialistisch-totalitären Staate».

(2) Esta perspectiva, en especial en el ámbito del derecho penal, ha sido trabajada por NAUCKE. Cnfr. en lo que respecta al método *Tendenzen in der Strafrechtentwicklung*, 1975, pp. 14; también para el contenido *Ueber Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, pp. 9 y ss.; *Entwicklung der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in W. HASSEMER (editor), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 25 y ss.

(3) Un análisis temperamental de los años 1945 a 1948 bajo el epígrafe «Irrtümer und Illusionen» en DIETER SIMON, *Zäsuren im Rechtsdenken*, en Broszat (Editor) *Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der Deutschen Nachkriegsgeschichte*, 1990, pp. 153 y ss.

Según mi opinión, si se aceptan reservas de esta naturaleza, hoy (todavía) no podrían defenderse contundentes tesis sobre las consecuencias del período nazi en el derecho penal y su ciencia (4). El peligro de imágenes coherentes pero falsas es enorme. En lugar de eso, primero se debería sin más ni más sostener aquello que tenemos frente a nuestros ojos y sacar de allí con mucho cuidado las conclusiones.

2. Denunciantes y Jueces

En todo caso, desde esta vía hay que partir: después de la caída del dominio nazi y en la postguerra estaba sin resolver en el ámbito del derecho penal un específico problema práctico que requería con urgencia una solución. Este problema era solucionable teóricamente sólo por una determinada vía. El problema y su desarrollo teórico conducían directamente al clásico dilema del «injusto legal» presente en el derecho (penal) de todas las épocas. Me refiero al problema de los «hechos del pasado» como hoy se dice tan de buen grado (5), y a la imposibilidad de resolverlos sin recurrir a principios jurídicos suprapositivos.

Después de la guerra y de los nazi, por sobre todo la praxis jurídica así como la teoría penal interesada tanto en la teoría del Estado como en la filosofía del derecho, se han referido a este dilema buscando una salida (6). El mencionado dilema se cristalizó en forma especialmente pura en dos constelaciones: en la de la punibilidad de los denunciantes que entregaron a los afectados al poder estatal (7) y en

(4) Como prueba para la justicia de este planteamiento se me presentan también las certezas, sin embargo cada una diferenciable, con las que se aclara el significado de «positivismo jurídico», durante y después del nacionalsocialismo; ejemplos y pruebas en LAAGE, *Die Auseinandersetzungen um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945*, en KJ 1989, 409 y ss.; MANFRED WALTHER, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im «Dritten Reich» wehrlos gemacht?*, in Dreier/Sellert (Editor), *Recht und Justiz im «Dritten Reich»*, 1989, pp. 323 y ss. Las exposiciones se vinculan en el famoso tratado de GUSTAV RADBRUCH *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (SJZ 1946, 105 y ss.; actualmente en: RADBRUCH, *Gesamtausgabe* 3, *Rechtsphilosophie* III, 1990, pp. 83 y ss.)

(5) Cnfr. SAMSON, *Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands*, en NJW 1991, 335 y ss.

(6) Ilustrativo en este aspecto el «número especial» del SJZ de marzo de 1947 «Humanitätsverbrechen und ihre Bestrafung» con contribuciones de V. HODENBERG (113 y ss.), A. WIMMER (123 y ss.) y RADBRUCH (págs. 131 y ss.).

(7) Paradigmático OLG DRESDEN, SJZ 1947, 519 m., comentario de Henneka, 522 («Zur Strafbarkeit der Denunziation als Verbrechen gegen die Menschlichkeit»).

la punibilidad de los jueces que aplicaron «leyes injustas» positivamente vigentes (8).

En ambos casos el problema estructural es el mismo: el que —y siempre sobre que fundamentos— no está dispuesto a reconocer dentro de lo posible una diferencia entre ley (positiva) y derecho (justo), no puede discutir razonablemente el fenómeno. No será capaz no sólo de ver como podría en estos casos fundamentarse una punibilidad, sino que tampoco de ver donde reside el problema: finalmente tanto los denunciantes como los jueces no hicieron otra cosa diferente a la que habrían de hacer posteriormente los funcionarios de ejecución y cumplimiento. Sólo fueron ejecutores de la situación jurídica vigente (9). Si más allá de esta situación jurídica no hay ninguna fuente jurídica (sino meros sentimientos jurídicos, opiniones subjetivas, convicciones jurídicas fácticas), el problema jurídico de los denunciantes y de los jueces penales ha quedado —en el doble sentido de la palabra— «solucionado», incluso antes de que éste haya sido definido teóricamente.

No sólo el derecho penal de la República Federal Alemana —en la praxis en forma mucho más amplia que en la teoría (10)— ha estado durante décadas ocupándose de la criminalidad del poder nacionalsocialista. Lo mismo puede decirse respecto de los problemas próximos del derecho constitucional (11). No obstante, esta tarea ha marcado a la ciencia del derecho penal (12) en forma proporcionalmente menor que la cuestión sobre un derecho suprapositivo, cuyo fundamento y medida

(8) Paradigmático COING, *Zur Frage der Strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*, en: SJZ 1947, 61 y ss.; el trabajo se vincula también con las tesis de RADBRUCH sobre el injusto legal y el derecho supralegal (SJZ 1946, 105).

(9) Naturalmente que también aun hoy se puede encontrar exactamente la misma estructura de problema en los casos de espionaje de la antigua República Democrática Alemana. La discusión no se lleva en torno a la situación jurídica de acuerdo con el Código Penal pues es bastante clara. Gira en torno a la pregunta de si se puede corregir esta situación jurídica con principios supraleales y cuáles son éstos.

Esto se puede ver muy claramente en dos sentencias del BGH y del KG que se refieren a los mismos problemas jurídicos, de mayo y de julio de 1991, pp. 81 y ss.

(10) Ampliamente H. JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, 2. Aufl. (1982).

(11) Un ejemplo destacado es la ulterior derogación de la prescripción para el asesinato y el genocidio. A este respecto LÜDERSEN, *Politische Grenzen des Rechts, rechtlichen Grenzen der Politik*, en: el mismo en *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen*, 1981, pp. 143 y ss., así como las contribuciones en ZRP de 1979: VOGEL (1), EYRICH (49), MAIHOFFER (81), KLEIN, BAUMANN, LEWALD (145 y ss.).

(12) Como en JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, donde de la exposición del contenido del trabajo se puede inferir que el tema se reduce a los siguientes aspectos: autoría y participación, estado de necesidad frente a un mandato, conciencia del injusto, punibilidad del genocidio y conductas preparatorias de la guerra.

podría ser para una crítica de la legislación nacionalsocialista y otras prácticas jurídicas, la cuestión que conecta con el problema de los denunciantes y jueces penales. Nos ocuparemos de ella bajo el epígrafe «Renacimiento del Derecho Natural» (13) y habremos de constatar graves consecuencias para el derecho penal y su ciencia.

3. Renacimiento del derecho natural

Cuando hoy en referencia a esa época se habla en una escala que va entre la amargura y la mueca burlona, de «reanimación», «retorno» o «renacimiento» del derecho natural, se simplifica demasiado y se pierde de vista la situación ideológica de la postguerra. Ciertamente que la necesidad de un apoyo prepositivo precisamente en el ámbito del derecho penal, significa traer una especie de fundamento jurídico que en una sociedad secular resulta inaudito e inadmisibles en la medida que quiere sustraerse anticipadamente de una crítica material. Sobre todo el tristemente célebre tomo 6 de la Cofección Oficial de sentencias del BGH en materia penal fue una fuente de recursos a la que se recurrió de muy buen grado (14).

Pero, antes que nada hay que contar con el sencillo hecho de que en 1954, cuando fueron pronunciadas estas sentencias la situación ideológica de la República Federal era diferente a la de los cuarenta años posteriores: las sentencias del Gran Senado, citadas tan de buen grado, no satisfacen precisamente la desesperada búsqueda de un fundamento nor-

(13) Este concepto afecta, en mayor (como al derecho penal) o menor medida a diversos ámbitos jurídicos. Sistemáticamente pertenece a la filosofía del derecho y, por lo mismo allí se discute en forma más exhaustiva que aquí (U. NEUMANN, *infra* I.). Para detalles me remito a ese texto.

(14) Se mencionan las dos sentencias de la punibilidad de las parejas de amantes» (BGHSt 6, 46) y la participación en una tentativa de suicidio de un tercero (147). Ambas provienen del Gran Senado y eluden violentamente el fino problema de la fundamentación jurídica. En especial la elocuentemente representativa ley sobre la moral, que moldeó normativamente el texto legal y su interpretación, (a cuyo contenido el Senado accedió fácilmente), pudo fundamentar en un abrir y cerrar de ojos las dos sentencias privativas de libertad: «El ordenamiento moral quiere que el tráfico entre los seres humanos se haga efectivo fundamentalmente en la pareja monogámica, porque el sentido y la consecuencia del tráfico es el niño (53). Ya que la ley sobre la moral desapueba estrictamente todo suicidio, prescindiendo quizá de excepciones aparentes, ya que nadie puede disponer soberanamente sobre su propia vida y darse muerte, el derecho no puede reconocer que el deber de asistencia del tercero tenga que ceder ante la voluntad moralmente desaprobada del suicida concretada en su propia muerte» (153).

mativo suprapositivo a partir del cual podría haberse rechazado en forma científicamente aceptable el injusto expresado en forma de leyes positivas (15). Antes bien sólo cubren el olor a moho normativo de los años cincuenta: una actitud dominante teórico-cognoscitiva inexperta, filosófico valorativamente ingenua y sin sensibilidad para otras valoraciones.

Después de la guerra y de los nazis se plantearon inmediatamente otras exigencias en la Filosofía del Derecho y en el Derecho Penal (16). Con posterioridad al nacionalsocialismo, prescindiendo completamente de la tarea de encontrar una base de enjuiciamiento y de acción que no renegara de los acontecimientos de los últimos doce años, tarea en la que todos estaban empeñados (17), los juristas, en especial los penalistas, se hallaron frente a un problema de derecho natural que decididamente no se debía soslayar: los denunciantes no habían mentido, los jueces habían ejecutado conforme a la *lex artis* los preceptos penales formalmente vigentes y aprobados, y el resultado en sí mismo expresó una discreta comprensión de la proporcionalidad y una burla afrentosa al juego limpio o a los derechos humanos.

El mismo problema, visto desde otra perspectiva: Si se acepta como correcto (18) que sólo la desviación flagrante del Juez de una interpretación legal generalmente aceptada (¿justa?), es «prevaricación» (§ 336 del C.P.A.), pues en caso contrario no se podría garantizar la independencia judicial, y si se acepta como correcto (19) que el § 336 del C.P.A. despliega un efecto de bloqueo frente a otros tipos que estén vinculados con el eventual fallo judicial, ya que de otro modo la desvinculación judicial ante el homicidio, las lesiones corporales o las detenciones ilegales se vería socavada, entonces la insostenible conclusión (20) será que la justicia penal finalmente se habrá absuelto a sí misma de una participación criminal en el terror nazi.

(15) Una panorámica condensada y crítica a la jurisprudencia jusnaturalísticamente argumentada en RÜPING, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 1981, pp. 111 y ss.

(16) Con más detalles ARTHUR KAUFMANN, *Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre -und was daraus geworden ist*, en Festschrift fUr Gagner, 1991, pp. 105 y ss.

(17) Esto puede estudiarse en GUSTAV RADBRUCH *Leben und Denken in dieser Zeit*. Orientación política, práctica cotidiana, teoría del conocimiento y filosofía valorativa están descritas cuidadosamente y en forma informativa en ARTHUR KAUFMANN: GUSTAV RADBRUCH. *Rechtsdenker, Philosoph. Sozialdemokrat*, 1987, pp. 147-167.

(18) *Argumentation und Belege* en BGHSt 10, 294 (pp. 298 y ss.)

(19) *Límites de aplicación de este principio* en BGHSt 2, 173 (175ff.); Sentencia de 12-2-1952.

(20) Crítica con más indicaciones en BEMMANN, *Ueber die strafrechtliche Verantwortung des Richters*, en *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, pp. 308 y ss.; SPENDEL en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10.^a Ed. (1982), § 336, N.º marginal 79 y ss.; N.º marginal 92 para el caso del asesor del Tribunal del Pueblo Rehse.

Después de 1945 la inclinación del derecho penal, científico y práctico, hacia la justificación jusnaturalista no era sólo comprensible, sino que era necesaria; sin una base normativa más allá de la ley positiva no podían ser posibles ni una nueva orientación jurídico penal en general, ni una judicatura convenientemente determinadas conforme a la situación.

En otra página está naturalmente la pregunta acerca de con qué intensidad, grado de fundamento, de absolutez y de abstracción tenían que estar equipadas (21) las normas prepositivas para poder cumplir con las mencionadas tareas. Aquí se puede criticar justificadamente que la ciencia penal de la postguerra, orientada desde la filosofía jurídica (22), apuntó demasiado alto desde un punto de vista normativo, de tal modo que el estilo de sus alegaciones a favor del derecho prepositivo aparecieron demasiado enérgicas y sus dudas teórico cognoscitivas muy débiles. También se puede criticar que se concentró demasiado en el derecho penal material y poco en el procedimiento penal y en la práctica concreta de la legislación penal, de la imposición y de la ejecución de la pena. Pero, por sobre todo en esos años la polémica con el injusto penal del período nazi fue en esos años abstracta y normativa y por lo tanto muy restringida. Recién mucho más tarde comenzó a tomar conocimiento en forma sistemática de hechos concretos y a relacionarlos con el orden penal del período nazi: la realidad del procedimiento penal y de aquellos procedimientos que de hecho en determinadas situaciones vinieron a ocupar su lugar; de la ejecución penal; del número y estructuras de los sentenciados; de la justicia penal, de la policía e instancias de control paraestatales etc. (23).

4. Razonamiento hermético

Esta orientación de la ciencia penal en el período postbélico y después de los nazis tuvo consecuencias que pronto pudieron observarse. Dos de ellas se destacan claramente: el desinterés en las consecuencias prácticas de las opciones dogmático jurídicas, en especial de las político

(21) Orientaciones sobre estas variantes en ELLSCHEID, *Das Naturrechtsproblem*. Una orientación sistemática en KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 5.^o Ed., pp. 189 y ss., 203 y ss.

(22) Amplias indicaciones en mi bibliografía sobre los puntos de vista especiales ontología jurídica; naturaleza de las cosas; estructuras lógicas objetivas; teoría jurídica institucional, concreto pensamiento del orden, concepción orgánica del derecho; fenomenología y derecho; filosofía existencial y derecho en ARTHUR KAUFMANN (Ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 664 y ss.

(23) Eb, SCHMIDT, *Einführung*, 345 y ss.

criminales y la tendencia a apoyar las aseveraciones normativas con fundamentos profundos y herméticos.

En el umbral de la ciencia jurídico penal nacionalsocialista se cita (24), con complacencia, la Jornada del grupo nacional alemán de la Asociación Internacional de Criminología del 12 y 13 de septiembre de 1932 en Frankfurt a. M. Allí debía tratarse la «Prosecución de la reforma penal» con el objetivo de confirmar las tendencias liberales, sociales y del estado de derecho de entonces. Sin embargo, esta confirmación se consiguió adicionando una frase demoledora: «sin perjuicio del reconocimiento de la influencia de nuevas corrientes espirituales y de significativos cambios en relación con las fuerzas políticas». Pero, siempre —y de esto se trata ahora— la política criminal y sus fundamentos fueron en aquella ocasión un objeto que se sobreentendía en la polémica.

Esto cambió a continuación. El grupo nacional alemán de la A.I.C. no volvió a reunirse nunca más y la política criminal dejó de ser, del mismo modo que otros aspectos de la praxis real jurídico penal, objeto del interés científico jurídico penal. Naucke en particular, ha demostrado, utilizando como ejemplo el Libro Homenaje a Kohlrausch de 1944 (25), hasta que punto la ciencia penal de aquella época se enclaustró en el razonamiento teórico cerrando los ojos frente a lo que ocurría en su entorno. Esto, como se verá a continuación, incluso no cambió al final de la guerra durante mucho tiempo.

Tampoco quedó sin consecuencias el rotundo estilo de sostener sus tesis con que se acorazaba la ciencia penal antes y después de 1945. Sobre todo la filosofía del derecho, en la que Kant tuvo continuadores en el período de la República de Weimar y en su correspondiente espíritu, proveyó de escepticismo frente a los principios normativos y fundamentó un despertar y una sensibilidad teórico cognoscitiva, —ciertamente un buen equipamiento para defenderse de una propaganda improductiva a favor de los «nuevos» o incluso también sólo «eternos» valores (26) que pronto habrían de aparecer—. El dilema «injusto legislativo» y «derecho prelegal» demandaba una mayor intensidad y fortaleza en sus afirmaciones y se dejó seducir por el jusracionalismo. Escepticismo y sensibilidad fueron ingredientes demasiado débiles para preparar una receta para dominar normativamente al terror expresado en forma de leyes. Se necesitaban otros pertrechos capaces de superar normativamente a las leyes e inmediatamente después de la guerra a los Tribunales penales les pareció de bastante poca importancia de donde sacar esos pertrechos.

(24) Por ej. Eb. SCHMIDT, *Einführung*, § 345 y ss.

(25) NAUCKE, *Ueber das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, en ZStW 85 (1973) pp. 399 y ss., pp. 404 y ss.

(26) Tengo como paradigmático RADBRUCH, *Essay der Relativismus in la Filosofia del Derecho*, en: el mismo, *Gesamtausgabe* 3, pp. 17 y ss.

Las aseveraciones jusnaturalistas, aun cuando sólo en sus resultados, pueden ser útiles en las horas de asedio normativo. Sin embargo, como instrumentos de la justicia penal o de la ciencia penal son desoladoras:

- Ellas no se escudan en primer lugar en contra de la crítica y del control (que son las columnas en que se apoya la constitución judicial del estado de derecho), sino sólo en contra de las alternativas del que toma decisiones y se fundamenta en ellas;
- Impiden una participación democráticamente organizada de los afectados en la elaboración de normas jurídicas de cualquier tipo;
- amplían un clima de deducción normativa y
- excluyen la influencia de los expertos en la creación y desarrollo del derecho.

También esta característica de la ciencia penal de la época se ha mantenido durante mucho tiempo.

II. DOGMÁTICA DE LAS CIENCIAS DEL ESPÍRITU

1. Razonamiento hermético

Se puede presumir que concentración en las cuestiones fundamentales del derecho penal material, postergación de la organización jurídica y fáctica del procedimiento y de la política criminal real y de sus consecuencias, fueron también estrategias para no ver la realidad. De este modo, la polémica con el nacionalsocialismo se traspuso a las esferas más altas de la fundamentación de valores de modo que no tuvo necesariamente que tomar conocimiento de sucios detalles, en todo caso ni siquiera tener que entrar a hablar de ellos.

El pertrechamiento con enunciados normativos con certeza jusnaturalista no era sólo un medio de defensa legal del injusto. Constituía también naturalmente también un fuerte blindaje. Si conseguía con este blindaje saltar a la arena, tenía en la actual polémica poco que temer y podía contar en alguna pequeña medida con que sus aseveraciones no se iban (tan rápidamente) a transformar en víctima del espíritu cambiante de los tiempos: ya constituye un específico y tradicional signo distintivo de la fundamentación normativa jusnaturalista, el que esté relevada de la demostración histórica de su desarraigo espacial y temporal.

Sin embargo, la concentración en un razonamiento normativo y el blindaje jusnaturalista de los enunciados, no sólo fueron un signo de marca de la primera ciencia penal posterior a 1945. También distinguieron a la ciencia penal en la etapa siguiente, etapa que ya no puede ser ca-

racterizarla suficientemente con la misión de renovar el injusto nacionalsocialista. Esta etapa tuvo otro color. Llevó a la ciencia penal, como algunos opinan (27), al punto más alto del perfeccionamiento dogmático, el que teóricamente culminó (28) con la teoría de la acción final (29) (supra 2.) y en la polémica a que dio lugar (30), (supra 3.) consumándose político criminalmente en el famoso Proyecto de 1962 (31) (supra 4.).

2. La teoría de la acción final

Naturalmente que la teoría de la acción final (como básicamente el conjunto de la anterior dogmática de la República Federal Alemana, pero más claramente acentuada) tuvo que ver con el ideario nacionalsocialista (32). Esto es muy natural porque los principios básicos de esta teoría se retrotraen al comienzo de los años treinta y porque también está sujeta a la impronta ideológica de esa época. Aun cuando no puede hacerse objeto de discusión el hecho de que la teoría de la acción final ha-

(27) Separación crítica en lo concreto, pero con reconocimiento del nivel en que el finalismo ha colocado las cuestiones fundamentales de la ciencia penal: ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en el mismo: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 72 y ss.; El mismo WELZEL precisamente no calló los méritos de su teoría: ver *Um die finale Handlungslehre*, 1949, pp. 30 y ss.

En castellano, de WELZEL puede verse *El nuevo sistema del derecho penal*, 1964, Ariel, Barcelona, traducción de JOSÉ CEREZO MIR. De la obra de ROXIN existe una traducción de LUZÓN PEÑA «Contribución a la crítica de la teoría final de la acción» en *Problemas básicos de derecho penal*, 1976, Ed. Reus, Madrid p. 84 y ss.

(28) En lo concreto naturalmente discrepando, sin embargo en el razonamiento en el mismo sentido WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1957, 2.^a Ed. (1959). Actualmente ha continuado este trabajo MÜLLER DIETZ, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft nach 1945*, en GA 1992, pp. 99 y ss.

(29) Sobre las exposiciones del finalismo en particular como una «Epoche strafrechtlicher Systembildung» B. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en: el mismo, (Ed.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 34 y ss.

Hay traducción castellana de J.M. SILVA: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, Tecnos, Madrid. (Nota del traductor).

(30) Sobre el final de esta etapa y el período posterior, SCHMIDTHÄUSER, *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?*, en JZ 1986, 109 y ss.

(31) *Entwurf eines Strafgesetzbuches v. 4.10.1962*, BT-Dr. IV/650.

(32) Cnfr. FROMMEL, *Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, en: Reifner/Sonnen (Ed.) *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984, p. 86 y ss.

bría favorecido al nazismo o de que habría fortalecido las posiciones de las escuelas antiliberales del período nazi (33), es también manifiestamente notorio que la concepción personal de la acción y del injusto como signo distintivo central del pensamiento penal finalístico (34), tenía una correspondencia, justa de acuerdo con su época aunque deformada, en el «derecho penal de voluntad» del ideario jurídico del nacionalsocialismo (35).

La teoría de la acción final desde un comienzo irrumpió con una arrogancia propia de la conciencia de su valor y armada con fuertes perrechos. No tenía otra cosa en su pensamiento que elevar a la ciencia penal al nivel de la filosofía y antropología de su época y al mismo tiempo con vocación de larga permanencia. En gran parte esto también lo consiguió (36).

El adversario con que tenía que enfrentarse la teoría de la acción final, estaba sin embargo mal apuntalado en una arena que era decisiva y que el finalismo podía prefijar. La teoría que entonces habría de sobrevenir con la etiqueta de «causal», no se había preocupado en absoluto de las cuestiones que ahora iban a ser esenciales. Esta teoría tenía un pensamiento convenientemente sistemático, había analizado, ordenado y armonizado y con ello había producido un sistema de enunciados que si bien era absolutamente complejo y fungible, no tenía conciencia de si mismo. A esta teoría era fácil ponerla en apuros con preguntas sobre los «reales», los sólidos fundamentos de su sistema y en su «exposición», ridiculizarla.

Ciertamente, que sobre todo en el cambio de siglo, en la llamada «disputa de las escuelas», se había polemizado sobre cuales debían ser los justos fines de la pena y también se había recurrido a los teoremas (37) de la filosofía y de las ciencias empíricas. Ciertamente que Franz von Liszt en su «Programa de Marburgo» (38) había delineado la visión de una «Ciencia Penal Integral» y que con ello había también tratado al sistema

(33) Fundamentalmente sobre estas cuestiones MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreissiger Jahre*, 1974, en especial pp. 76 y ss., 86 y ss.

(34) Detalles en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil* 1, 7.^a Ed. (1987), § 16 II B 1.

(35) En el mismo sentido SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a Ed. (1975), N.^{os} marginales 7/14.

(36) Condensado resumen en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a Ed. (1988), § 22 V 2-6.

(37) Discusión e información en FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften*, 1987, en especial pp. 42 y ss.

(38) VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en ZStW 2 (1883), pp. 1 y ss.; sobre el particular NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, en ZStW 94 (1982), pp. 525 y ss.

penal desde fuera. Ciertamente que los neokantianos y los neohegelianos habían intentado aprovisionar (39) al derecho penal con sus tradiciones filosóficas, pero, ante las pretensiones del finalismo eran insignificantes piedrecillas.

El finalismo irrumpió con una ciencia unitaria que daría fundamento al núcleo del derecho penal, —a la acción, al injusto y a la culpabilidad—, y con la certidumbre que da el hecho de que esta ciencia apoye sus cimientos en el ser (40). No sólo meras tradiciones u opiniones, sino «estructuras lógico objetivas», salían como garantes de la corrección de la teoría científica jurídico penal. Los fundamentos del derecho penal no eran objeto del ideal o de meras convenciones, sino accesibles desde el conocimiento científico (por tanto, cerrados a la ceguera científica). El legislador no podía decidir sobre la regulación justa; el podía encontrarla o perderla y esta certeza metódica de los finalistas no se limitaba simplemente a cuestiones básicas fundamentales y, por lo tanto comparables y no vinculantes, sino que se extendía hasta aspectos particulares de la posición del dolo en la estructura del delito, de las relaciones entre autoría y participación (41) o de la omisión impropia (42).

En contra de esta teoría no se desarrolló un antídoto dogmático, sino metodológico y este se puso de manifiesto prontamente con consecuencias fácilmente perceptibles.

Toda opinión disidente en relación con aspectos centrales sobre acción, injusto, participación, dolo u omisión no tenía nada que hacer si no se había pertrechado también con certeza jusracionalista «lógico objetiva». Por lo mismo una teoría que fuera sólo contraria a las tesis del finalismo sobre el derecho penal, no podía esperar nada ni siquiera en orden a llamar la atención del científico, del legislador o del práctico jurídico, porque el estilo de sus afirmaciones era demasiado débil: una ciencia jurídico penal, un legislador o una jurisprudencia que la acompañen, para remover en su pensamiento concreto y en su acción verda-

(39) Un buen ejemplo es el trabajo de habilitación de RADBRUCH de 1904: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*. Sobre este trabajo y su relación con la teoría de la acción final Arthur Kaufmann en la nueva edición de 1967, pp. VII y ss.

(40) Sobre este punto ver WELZEL: *Lehrbuch. Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a Ed. (1969), § 8 I, II.

Hay traducción castellana de esta edición de BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ: *Derecho Penal Alemán*, 1976 2.^a Edición castellana, Santiago de Chile.

(41) «El que quiera regular las acciones, tiene tener en cuenta la estructura ontológica de la acción. La estructura del comportamiento humano final y la función del dolo en ella no puede ser cambiada por el legislador, sino que tiene, si quiere regularla, vincularla en su regulación con ella. En caso contrario, yerra en el objeto de regulación». (WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, p. 197).

(42) ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 17 y ss.

des lógico objetivas fundamentadas en el ser, no puede permitirse ser perturbado por una crítica que en lo fundamental impugne dichas verdades pero que no afirme para si misma un fundamento lógico objetivo (cuáles serían los fundamentos). Desde un punto de vista metodológico, el finalismo en las huellas de un jusnaturalismo redescubierto, reventó los precios.

3. Dogmática y metodología

En contra del finalismo no apareció ninguna teoría Penal que se pertrechara con el derecho natural. Sobre las causas sólo se puede especular. Podría ser que posibles críticos del finalismo tuvieran tan arraigado en su corazón la exigida separación entre ser y deber ser, que ciertamente el finalismo despreocupadamente soslayó, que no quisieran seguir por este camino a la filosofía de la «lógica objetiva» o de la «naturaleza de las cosas». Puede haber jugado un rol el hecho de que el finalismo se había anticipado en ocupar el ámbito de la «lógica objetiva», de modo que un crítico si quería estar en iguales condiciones, no podía tener opciones dogmáticas sino sólo metodológicas: o bien machacar al finalismo en su estilo de exponer sus afirmaciones o construirse para si mismo un estilo igualmente fuerte. Ambos supuestos presuponen empeños filosóficos y ese no fue el sentido hacia el que se inclinó la teoría penal de entonces (43).

Por eso, las polémicas con el finalismo que prometieran algún éxito, se desarrollaron en el plano metodológico. Sin embargo, estaban más o menos sentimentalmente comprometidas y finalmente el anunciado éxito no tuvo lugar. Dos trabajos son en este sentido paradigmáticos.

Stratenwerth, uno de los discípulos de Welzel, se ocupó en 1957 con una significativa distancia de su teoría, del problema de la «naturaleza de las cosas». Su trabajo, a pesar de su título, era en su contenido una polémica con la teoría de las «estructuras lógico objetivas» (44). En él Stratenwerth se separó notablemente de la indolencia metodológica de otros finalistas, aclaró la diferencia entre realidad ontológica y valor y de la base «lógico objetiva» del derecho penal no dejó otra cosa que una mera «dirección de la mirada sobre el ser humano como persona»

(43) Se puede observar muy bien en HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtdogmatik nach Welzel*, en *Festschrift für Rechtswissenschaftliche Fakultät zu Köln*, 1988, pp. 399 y ss.

(44) STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957.

como punto de vista valorativo (45). Con esto, estrictamente desde una perspectiva dogmática, no había por donde empezar porque con una fórmula como esta casi todos los contenidos del discurso dogmático coinciden.

A continuación, Engisch en el año 1961 en una polémica metodológica que sostuvo sobre todo con el finalismo y también con Stratenwerth, formuló una sola pregunta decisiva: «¿Donde acaba la estructura del ser y donde comienza el punto de vista valorativo? ¿Cuáles son los criterios conforme a los cuales podemos decidir si algo y qué, si acaso, debemos atribuir, en la comprobación de la auténtica «naturaleza» del ser humano, a la prerrealidad ontológica o a las valoraciones morales y jurídicas? (46). Sin embargo, le reprochó a Stratenwerth (47), el haber sido vacilante en la admisión de realidades preontológicas.

En resumen: la crítica metodológica no atacó frontalmente a la base del finalismo y por lo mismo ni siquiera agitó su teoría dogmática. En la ciencia penal hasta hoy no se ha decidido que estatus metodológico tienen exactamente sus planteamientos dogmáticos centrales: por ejemplo, si el traslado del dolo en la construcción del delito está dispuesto por la naturaleza (de las personas) o sólo guarda relación con algunos motivos de conveniencia; si la personalización de la teoría del injusto sólo puede apoyarse en el espíritu de la época o en una justicia pretemporal. Estas constituyen para un interés filosófico en la ciencia del derecho penal, dolorosas lagunas. Con la teoría de la acción final y sus adversarios (48) al final ha pasado lo que Thomas Kuhn ha descrito refiriéndose a las tentativas rupturistas revolucionarias que periódicamente aparecen en el ámbito de las ciencias (49): se ha olvidado su teorema dogmático en tanto que no se ha asumido en ninguna forma, y su metodología no se ha rebatido sino que se ha olvidado y a continuación se ha retomado de otra manera el hilo de la discusión en otro lugar (50).

(45) *Op. cit.*, en especial pp. 17 y ss.

(46) ENGISCH, *Zur «Natur der Sache» im Strafrecht, Ein Diskussionbeitrag*. Citado conforme a KAUFMANN (Edit.), *Die ontologische Begründung etc.*, p. 216.

(47) *Op. cit.*, pp. 212 y ss. y 216 y ss.

(48) Algo más detallado desde una perspectiva científico sociológica, véase mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 23 Ed. (1990) pp. 226 y ss.

Hay traducción castellana de la 1.^a edición de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO: *Fundamentos del derecho penal* (1984), Ed. Bosch, Barcelona. (Nota del T.).

(49) KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1967, *passim*. Un empleo de este enfoque en la criminología se encuentra en KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichendes Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach*, 1974, en especial pp. 15 y ss; sobre el particular W. HASSEMER, *Kriminalsoziologische Paradigmata*, en *JZ* 1976, 164 y ss.

(50) Es moda desde hace algún tiempo, referirse en la constatación de cualquier alteración en el ámbito científico bien sea al modelo de Kuhn y diagnosticar un «cambio de paradigma» o de denunciar, por aquellos que lo hacen, el precipitado ascenso de su

4. Política criminal de las ciencias del espíritu

El signo distintivo de esa etapa, a saber la concentración en los fundamentos teóricos de la disciplina y la inclinación a apoyar herméticamente las afirmaciones científicas, fueron veneno para toda trascendencia político criminal de la ciencia penal: la política criminal no requiere tanta concentración en los fundamentos teóricos sino mucho más en una mirada hacia una «ciencia penal integral» que incluya los datos empíricos de la realidad de la sanción o del desarrollo y control de la desviación y que incluya también el interés en sanciones nuevas o alternativas; en la sintonía entre el derecho penal material y el procedimiento; en la vinculación entre derecho penal, derecho social, construcción de vivienda, política juvenil o de salud. Para ello la dogmática científico espiritual ofrecía un mal andamiaje. Aun consecuencias más nefasta para un compromiso político criminal tendría la inclinación a fortalecer los enunciados normativos: la política criminal depende también como toda otra política, de la capacidad de compromiso de los contendientes y en el caso de una conciencia de si mismo fundamentada en categorías del ser, ésta se agota rápidamente.

Sin embargo, en la etapa de la dogmática de las ciencias del espíritu se intentó en forma intensiva desarrollar una política criminal con la enérgica intervención de los científicos penales (51) y con consecuencias que se habrían de corresponder con los celos. Se puede asumir sobre todo, que esta consecuencia fue algo que se podía prever con antelación, esto es que la era de la dogmática de las ciencias del espíritu en la ciencia penal había llegado a su fin.

Inmediatamente después de la entrada en vigor del Código Penal ya hubo esfuerzos para su reforma. Después durante la República de Weimar hubo proyectos en parte progresistas, pero no la fuerza y el tiempo para poner en vigor un Código Penal nuevo y los nazis se preocuparon menos de los cambios legales y más en los fácticos. Sólo desde 1954 comenzó a ser perceptible en la República Federal Alemana una decidida fase de reforma. A partir de ese momento sesionó (hasta 1959) la Gran

hallazgo. Por eso debe ponerse en claro que la pregunta de si el paso de la dogmática de orientación científico filosófica a la teoría del derecho penal orientado a las consecuencias (supra III.) ha significado un cambio de paradigma o algo menos espectacular, tiene una significación secundaria a la vista de las dificultades de someter las corrientes en el derecho penal de esa época en algún tipo de ciencia. La vinculación con Kuhn no significa por tanto un cambio de paradigma, sino sólo que su constatación conforme a la cual los modelos de explicación y de argumentación de las ciencias han sido superados no por haber sido refutados, sino por haber sido olvidados, es aplicable también a la ciencia penal y al finalismo.

(51) Véase una sucinta información en BAUMANN/WEBER. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Ein Lehrbuch, 9.^a Ed. (1985), § 54.

Comisión de Derecho Penal compuesta de prácticos y sobre todo por los más destacados penalistas de la época. Las actas de las sesiones se hicieron accesibles y efectivas con el nombre de «Borradores» a través de publicaciones de gran tiraje. En el mismo año aparecieron los «Materiales para una reforma del derecho penal» (52) en siete tomos y en 1956, 1959 y 1960 aparecieron finalmente proyectos (parciales) de un nuevo Código Penal que a continuación convergieron en el proyecto de 1962. Todo esto se había preparado en las discusiones de los profesores de derecho penal que tuvieron lugar en sus sesiones de 1957, 1959 y 1961, de cuyas actas se pudo disponer.

Considerado desde la ciencia jurídico penal tiene que haber habido una vuelta de hoja entre las sesiones de los profesores de derecho penal de 1963 en Saarbrücken y 1964 en Hamburgo. El año 1963 se decidió llevar a cabo una jornada especial en 1964 con el objeto de discutir en su totalidad la concepción del proyecto de 1962. El año 1964 se destacó, por su crítica fundamental a este tipo de política criminal, como el de la nueva etapa de la ciencia penal alemana (53). Al mismo tiempo se constituyó un grupo de jóvenes profesores de derecho penal, que a partir de 1966 en varios tomos de «Proyectos Alternativos» formularon, con fundamentos, a través de propuestas legislativas una concepción actualizada del derecho penal en la teoría y en la práctica (54).

III. TEORÍA PENAL ORIENTADA A LAS CONSECUENCIAS

1. Política criminal orientada a las consecuencias

La crítica, obligatoria desde un punto de vista político criminal, a que masivamente desde 1964 fue sometido el Proyecto Alternativo de 1962 (55), caracteriza tanto a la dogmática científico espiritual del pasa-

(52) Su contenido esencial era: Dictámenes de los profesores de derecho penal sobre los problemas de la parte especial y general, derecho comparado, proyectos relativos al derecho penal y al procesal penal de la República de Weimar.

(53) Hamburgo 1964 fue la primera jornada de profesores de derecho penal en que yo participé. Nunca hasta entonces había vivido una diferencia tan clara entre dos posiciones (y generaciones).

(54) Este viraje se puede apreciar muy bien en ROXIN, *Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en ZStW 81 (1969), pp. 613 y ss. Un análisis rico para el análisis comparado de la evolución austriaca en STANGL: *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Oesterreich 1954-1975*, 1985.

(55) Paradigmáticos son las dos publicaciones en ediciones de bolsillo de JÜRGEN BAUMANN (este formato tiene un efecto indicativo) *Programm für ein neues Strafbuch*, 1966 y *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969. Es digno de destacar de que en 1966 sólo una de las doce contribuciones tenía por objeto la Parte Especial, en tanto que en 1969 éstas constituían un tercio de ellas.

do como también a los fundamentos de la nueva etapa. Este proyecto llevó al espíritu científico penal de la época a los siguientes extremos:

- Criminalización amplia en interés de la totalidad sistémica poniendo el acento en la protección del Estado y la «moralidad»;
- Concentración teóricamente dirigida en los presupuestos de la punibilidad, en particular en la Parte General, con especial perjuicio de las consecuencias del derecho penal (penas y medidas de seguridad);
- Favorecimiento de los tradicionales fines retributivos y preventivo intimidatorios de la pena.

La nueva (56) canción tenía otra melodía. Se recordó el carácter fragmentario del derecho penal y sobre todo el principio de la protección de bienes jurídicos: mejor lagunas que un exceso de criminalización, y por lo menos ninguna conminación penal sin justificación a través de una protección penalmente necesaria para un interés humano amenazado. Apelando a estos principios, se recortó sobre todo el derecho penal protector del Estado, del aborto y del derecho penal sexual y más tarde esta línea se extendió también al derecho penal de bagatela (57). Se rechazaron las teorías de la justa retribución por anacrónicas y se votó a favor de un derecho de sanciones ajustado a la prevención especial con nuevas respuestas a la criminalidad: humanas, imaginativas y eficaces. El pensamiento penal cambió de una orientación «input» a una «output» (58): de una justificación del derecho penal desde el concepto y el sistema a una justificación desde las consecuencias que este produce.

Este planteamiento no era sostenido en la misma medida por todos los penalistas «jóvenes», ni tampoco inmediatamente en toda su ampli-

(56) Con «nuevo» naturalmente se quiere hacer referencia a la etapa anterior. No sólo en el derecho penal, pero también en él, los nuevos tiempos se remitieron a modelos, a otros, no obstante los correctos: a los teóricos de una ciencia penal integral, de una filosofía jurídica escéptica, de un procedimiento ajustado en la humanidad y la prevención especial.

(57) *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl, in Zusammenhag mit dem Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches vorgelegt von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer*, 1974; fue discutido en las 51.^a Jornadas de Juristas alemanes en 1976 (dictámenes de NAUCKE y DEUTSCH).

(58) Definiciones y objeto es importante LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 25 y ss., 58 y s.; detalladamente sobre el sistema del derecho penal, mi trabajo *Ueber die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, en *Libro Homenaje a Coing*, 1982, I, pp. 493 y ss., 498 y ss.

tud ni con esta pureza (59). Pero caracterizó en forma destacada la orientación de la «scientific community» de esa época. A partir de mediados de los sesenta:

- ya las fundamentaciones sistémicas en el discurso penal dejaron de ser aceptadas sin cuestionamiento;
- sanciones y ejecución penal se transformaron en los objetos principales del interés científico penal;
- comenzó a desarrollarse una consistente teoría de la política criminal;
- tendencia a establecer en la teoría y en la práctica tanto a la criminología como a las ciencias sociales de mayor significación jurídico penal como objeto estimable;
- entrada en la fundamentación penal del dato empírico.

2. Crítica al derecho penal

No sólo la ciencia penal, pero ella en especial, fue sometida en esos años a fuertes presiones de legitimación y cambio. Desde hacía largo tiempo, antes del «mágico» 1968, del mismo modo que en el derecho penal, se habían preparado y también anunciado cambios sociales en la República Federal Alemana. Estos cambios, a continuación, rediseñaron las líneas fundamentales del período de Adenauer (60). El sistema penal se acercó al centro de lo que era el interés político y de la crítica social, apareciendo ahora bajo el estigma de la práctica del dominio y de la causa de aflicción (61): espontáneo, desigual, desdeñoso con el ser humano, cruel, sin eficacia preventiva, estabilizador del poder.

La crítica de contenido del derecho penal de los años sesenta y setenta tomó dos posturas y desde estas perspectivas cogió entre sus tenazas su objeto de estudio. (Como pronto se demostró sobre todo en los establecimientos universitarios, los científicos penales estaban mal preparados para realizar una crítica de este tipo, aun para la más ofensiva, a la que a menudo se recurrió. Las explicaciones y justificaciones de que dispusieron, ya no dejaron más indiferentes a los críticos estudiantiles.) Esta crítica «reveló la verdad» en una doble dirección: el derecho penal

(59) Esto puede estudiarse muy bien hasta en sus formulaciones, en las diferencias de opinión en el aborto. El Proyecto Alternativo en este tema presentó una solución de la mayoría y una de la minoría: AE-BT, *Straftaten gegen die Person*, 1. Halbband, 1970, pp. 25 y ss., 35 y ss.

(60) H. RUDOLPH, *Mehr als Stagnation und Revolte. Zur politischen Kultur der sechziger Jahre*, en: Rroszat (Editor), *Zäsuren*, p. 141 y ss.

(61) Característico de este estigma es todavía hasta hoy el libro *Limits to Pain* (en noruego e inglés 1980/81, en alemán *Grenzen des Leids*, 1986) de NILS CHRISTIE.

ni puede declarar que sólo hace efectivas normas generales, ni que, además, crea orden y justicia; que en realidad el derecho penal es mucho más un instrumento subrepticio a favor de las necesidades individuales y sociales de dominio y de castigo.

La primera variante se formuló negativamente y se fundamentó más como teórico explicativa y sociocientífica. Su objetivo era desenmascarar al sistema (62). La segunda variante se formuló positivamente y se fundamentó psicológica y psicoanalíticamente. Quería enseñar la verdadera cara del sistema (63).

Esta crítica, que es como sustancialmente se puede valorar, satisfacía de todos modos un presupuesto que hasta hoy ha sido realizado sólo parcial y complementariamente: estaba fuera del sistema penal y podía en consecuencia considerarlo desde una perspectiva nueva y diferente. (Presumiblemente esta circunstancia podría explicar suficientemente la irritación que entonces experimentó el que estaba dentro del sistema, teniendo en consideración las francamente tontas expresiones injuriosas). Ya no se podía discutir comodamente sobre las ventajas del método objetivo y subjetivo de interpretación, sino sobre la temeraria tesis de que el juez falla arbitrariamente, aun cuando no lo quiera, justicia de clases como consecuencia de que ningún método puede garantizar una interpretación segura. Había que defenderse de la páfida objeción de que la criminalidad no era un fenómeno real sino un fenómeno construido por las instancias formales del control social (policía, fiscalía, justicia penal) y que esta construcción aparece como selectiva en perjuicio de los más débiles. De esta manera, la idea aceptada en esa época de la terapia, corrección y prevención especial fracasó sin pena ni gloria ante la afirmación de que el delincuente no es otra cosa que un chivo expiatorio en el que los otros depositan su carga vital con el objeto de verse aliviados.

No se podría afirmar que estas tesis sólo representan la sencilla prolongación del Proyecto Alternativo en una crítica del derecho penal. Sería también llevar las cosas demasiado lejos ver en ellas el modelo de la teoría Penal orientada a las consecuencias. Pero son, en ambas direcciones, espíritu del mismo espíritu, son un signo descriptivo de su tiempo (tanto en sus contenidos como en la forma más radical de sus exposicio-

(62) Paradigmático de la teoría explicativa es ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln, Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, 1973. La crítica científico social al derecho penal se formuló en su forma más radical desde el «labeling approach». Sobre el particular FRITZ SACK, *Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach*, in: *KrimJourn* 1972, pp. 3 y ss.

(63) Característico de esta crítica son los nuevos trabajos de 1971 y 1973 de REIK, *Geständniszwang und Strafbedürfnis*, ALEXANDER/STAUB, *Der Verbrecher und sein Richter*, así como REIWALD, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*, Paradigmático para la crítica penal de fundamento psicológico y psicoanalítico de este tiempo es ARNO PLACK *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974.

nes públicas), y con seguridad son las que han impulsado con el método de la provocación la orientación «output» en la ciencia penal.

3. Realidad e infinitud

Si se quiere caracterizar la teoría penal orientada a las consecuencias con precisión, se puede partir de las características del derecho penal de la postguerra (64) y de la etapa de la dogmática de las ciencias del espíritu (65), a saber concentración en cuestiones básicas de carácter teórico y apoyos herméticos de los razonamientos. Desde mediados de los años sesenta el viento soplaba desde la dirección contraria. Iba por la ampliación del abanico científico penal hacia la realidad penalmente relevante y hacia aquellas ciencias que trataban de esa realidad.

La teoría penal orientada a las consecuencias representó, en ese período por primera vez, una inesperada reacción de la ciencia penal en contra de una crítica al derecho penal realizada desde fuera del sistema penal. (Comparativamente podría hablarse sólo de algunas tempranas reacciones al injusto nacionalsocialista en el período postbélico, pero estas reacciones estaban demasiado determinadas por las tradiciones del mismo derecho penal y estrictamente tampoco eran reacciones en contra de una crítica al derecho penal.) Esta crítica obligó a la ciencia penal en tanto que no hiciera oídos sordos, a replantearse reflexivamente su relación con la realidad. Exactamente esta relación era lo que la crítica tenía en su punto de mira si bien la fundamentó de manera muy distinta:

Las consecuencias reales que el sistema penal producía y no sólo su profundidad teórica o capacidad resolutive, estaban a mediados de los años sesenta en la orden del día. De esta manera el debate no se reducía exclusivamente a discutir sólo con fundamentaciones de principios y de objetivos; de aquí en adelante los datos empíricos tendrían que ganar, en tanto que valores, una posición. En consecuencia había llegado a su fin la metodología jusnaturalista y la concentración en principios teóricos. Ahora era el momento de la metodología de las ciencias empíricas, de la renovación científico jurídica de la realidad jurídico penal y con ello de ámbitos del derecho penal que habían sido ignorados tradicionalmente por la elevada teoría penal: criminología, ciencia penitenciaria, aspectos de la historia del derecho penal, del procedimiento y de la política criminal.

Naturalmente la nueva orden del día no era sólo un producto de la crítica al derecho penal (del mismo modo como también esta crítica en si misma era parte de la polémica general de esa época). Dicha crítica

(64) Supra I.4.

(65) Supra II.1.

mucho más y antes que nada expresó un cambio y una agudización de las demandas de legitimación del poder estatal: se trataba de demostrar que el dominio era «racional», que su sentido no estaba en sí mismo, que tenía mucho más una función de servicio para los dominados (66) y esto significaba para el derecho penal:

- Protección de los intereses más elementales del hombre que se encuentren amenazados;
- Intimidación de los que tienen inclinación al delito;
- Corrección del delincuente con los respectivos costos favorables.

Estas fueron las tareas (y a continuación también las promesas) del sistema penal. Traducido a conceptos jurídico penales, ellos eran: principio del bien jurídico, prevención general (negativa) y resocialización, en los límites de una práctica penal humana y proporcionada.

4. Puntos esenciales

Estos tres puntos esenciales de las preocupaciones científico penales permiten ser sintetizados sin dificultades en el cuadro de la teoría penal orientada a las consecuencias de la época (a.-c.). También la base de donde provenían tenía particularidades instructivas (d.).

a. *Protección de bienes jurídicos*

El principio de protección de bienes jurídicos pone en discusión, en el contexto en el que ha sido presentado por la teoría penal orientada a las consecuencias (67), un presupuesto no sólo en cuanto a su contenido sino también en cuanto a su capacidad crítica de la correcta codificación penal (68). Este principio precisamente sostiene que una conminación penal en contra de conductas humanas que no se pueden apoyar en la protección de un bien jurídico, son ilegítimas. Desde esta perspectiva el

(66) Paradigmático HONDRICH, *Theorie der Herrschaft*, 1973, en especial pp. 16 y ss., 62 y ss.

(67) W. HASSEMER en: AK StGB, 1990 antes del § número marginal, pp. 255 y ss. sucintamente demuestra que en este contexto tiene raíces profundas.

(68) Característico, *Amelung Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen*, 1972; W., HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, 1973.

derecho penal se presenta como un instrumento de control social al que sólo se puede recurrir para la necesaria protección de los intereses humanos más elementales en tanto que no se pueda disponer de otros instrumentos inofensivos que tengan una eficacia comparable. Este principio será exitoso para la política criminal, que es el ámbito donde sobre todo quiere tener vigencia, cuanto mejor consiga abarcar y mantener como bienes jurídicos penalmente relevantes aquellos objetos que son evidentes y concretos. Luego, la «salud del pueblo», las «condiciones de funcionamiento del mercado capitalista» o la «moral sexual general» no tienen aplicación político criminal. Como pueden justificar todo no justifican nada. Por eso, los bienes jurídicos paradigmáticos coherentes con el principio de protección de bienes jurídicos, tienen otro calibre. Son los intereses primarios de la persona en la vida, salud, libertad, propiedad, esto es, los bienes jurídicos individuales. Por el contrario, los bienes jurídicos universales tienen que, sobre todo cuando son tan vagos como los que se acaban de citar, superar el test de si pueden al final retrotraerse a intereses concretos y legítimos de la persona (69).

La teoría del bien jurídico (70) crítica al sistema tuvo sus mejores éxitos en un clima político social y criminal que, como ella misma, centraba su atención, superando un derecho penal moralizante y una criminalización de amplio espectro, en la garantía de la libertad y en la protección de los inculpados (71). Un buen ejemplo lo constituye la reforma de los delitos sexuales que anteriormente se agrupaban en forma suficientemente descriptiva, bajo el epígrafe, «delitos en contra de la moral». Con anterioridad ya se había formulado desde una perspectiva científica la crítica pregunta sobre el legítimo bien jurídico protegido en un derecho penal de esta naturaleza (72), hasta que en 1968 las 47.^{as} Jor-

(69) Con más precisión a este respecto en mi trabajo *Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre*, en Philipps/Scholler (Ed.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 85 y ss.

(70) Dirige al sistema del derecho penal y sus tipos penales la pregunta que es típica en una teoría orientada a las consecuencias, sobre su legitimación por la protección de bienes jurídicos y no se conforma, como sería en el caso de un interés inmanente al sistema, con una clasificación del sistema del derecho penal por el sistema de bienes jurídicos, en tanto que son preestablecidos. Acerca de la distinción de conceptos de bien jurídico inmanentes y críticos, véase mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 19.

(71) Este clima produjo consecuencias similares en el derecho penal formal. La llamada Kleine Strafprozessreform von 1964 (Pequeña Reforma Procesal de 1964) a la que siguió una unificación del procedimiento, elaboró las garantías formales del procedimiento penal y los derechos del inculgado, en tanto que el desarrollo posterior se caracterizaba por la aceleración y simplificación. Breve referencia en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 22.^a Ed., (1991), § 72.

(72) HERBERT JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologischer Untersuchung*, 1957; zu «Rechtsgut und Sittlichkeit», p. 29 y ss.

nadas alemanas de Juristas (73) y en 1969 el legislador (74) sacaron las consecuencias prácticas y anularon las conminaciones penales paternalistas del adulterio, homosexualidad entre adultos, sodomía u ocultación de las relaciones extramatrimoniales y redujeron los delitos sexuales a sus dos bienes jurídicos aceptables: autodeterminación sexual y protección de la juventud.

Con esto el derecho penal orientado a las consecuencias ganó en el ámbito de la criminalización un perfil: estaba autorizado para afirmar que bajo su estandarte sólo podía cobijarse la protección del hombre y únicamente en los límites de la necesidad, de la oportunidad y de la proporcionalidad del medio. Al comprometerse la administración de justicia penal con la protección de bienes jurídicos, se cumplirá, por una parte, vivamente el principio de la *ultima ratio*, y por la otra, se abrirá la puerta a la metodología de las ciencias empíricas: el derecho penal se entiende como medio para la solución de los problemas sociales (protección de bienes jurídicos por sobre los instrumentos penales), pero vincula la aplicación de sus instrumentos, por su carácter intensamente lesivo, a la presencia de presupuestos restrictivos y sólo recién se tomarán en cuenta, cuando no exista ninguna otra cosa que pueda ayudar.

Sin embargo, si llegara a tomarse en cuenta, estará irremisiblemente bajo expectativas de éxito: no obstante, sobre todo las teorías del bien jurídico, con prudente discreción, han colocado en primer plano la potencia negativa y crítica del derecho penal («sin un bien jurídico idóneo ninguna justificación de la conminación penal»). Pero el que constantemente lleva el estandarte la protección de bienes jurídicos, tiene que contar con que se le hará la pregunta aclarativa de si y cómo esta protección puede de hecho ser garantizada con estos instrumentos. El concepto crítico al sistema del bien jurídico puede, en consecuencia, poner razonablemente en armonía la vinculación a los principios y la fundamentación empírica del derecho penal. Pero, con ello se abren nuevos y diferentes problemas de justificación.

b. *Prevención intimidatoria*

Estos problemas se centran en las expectativas de los efectos beneficiosos de la conminación y de la ejecución penal: en la expectativa de que los ciudadanos inclinados al delito se vean motivados a comportarse de otra forma manteniéndose fieles al derecho por la respuesta sancio-

(73) Dictamen A de HANACK, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, 1968; sobre el principio de bienes jurídicos en los N.^{os} marginales 29 y s.

(74) Primera ley para la reforma del derecho penal de 25-6-1969 (BGBl. I 645).

nadora y antes por la anunciada respuesta a la infracción de la ley. De modo el derecho penal efectuaría su aporte al mejoramiento de la sociedad.

Se caracteriza a las teorías preventivas de la pena como «modernas», a pesar de que su aparición no ha sido única ni reciente en la historia de las teorías de la pena, sino que más bien desde un comienzo se han ido alternando con las opciones clásicas de la retribución y la expiación (75).

Incluso la teoría de la prevención intimidatoria en la versión con que hoy la conocemos, fue formulada por Feuerbach en el cambio de siglo del XVIII al XIX: ya que con dificultad se podría encadenar al hombre corrompido con el objeto de romper su natural inclinación al mal, hay que imponerle una «coacción psicológica» (76) y dejarle claro, por medio de la legislación y la praxis de la ejecución penal que el crimen no paga: que el derecho penal siempre le quita más al caído que lo que pudiera prometerle la expectativa criminal.

Este teorema que encaja sin fisuras en una teoría de la pena orientada a las consecuencias, puede convertirse en su clave de bóveda. Como antes la teoría de la protección de los bienes jurídicos, el fin de la pena en la teoría de la prevención intimidatoria vuelve la vista del derecho penal al empirismo y saca beneficios: en tanto que los planteamientos «clásicos» de la retribución y la expiación, si se les toma en su sentido literal (77), no tienen interés, ya que no es su objetivo, en los efectos reales de la pena y se conforman con el equilibrio entre injusto y culpabilidad, en esta oportunidad la pregunta se centra en los efectos reales de la conminación y de la ejecución penal, afirmándose que el derecho penal

- produce estos efectos;
- puede regular sus instrumentos orientándolos a una finalidad;
- está capacitado para encajar funcionalmente en el sistema del control social de la conducta desviada.

(75) Sobre esto y lo que sigue en forma extensa en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28, §§ 29 y s. Hay traducción castellana véase Nota 48.

(76) De ahí surge el nombre de esta teoría. Detalles en NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962, en especial pp. 39 y ss.; breve referencia en JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4.^a Ed. (1988), § 8 IV 2.

(77) Que las teorías «libres de un fin» materialmente han perseguido fines, que justicia y compensación de injustos finalmente tienen también para las teorías clásicas de la pena una connotación empírica, se puede comprobar bajo la clave «Zweckverfolgung durch Zweckverneigung» en mi trabajo *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 39 y ss., 49 y ss.

Del mismo modo que frente al concepto de bien jurídico, también en la intimidación se pregunta claramente si, en relación al fin de la pena, el sistema del derecho penal puede garantizar «realmente» las consecuencias tan buenas que afirma obtener y cómo consigue en concreto que se produzcan dichas consecuencias. Esta pregunta ha sido expresada en el ámbito de los fines de la pena en forma más amplia y pretenciosa, habiendo sido también más debatida que en el ámbito de la protección de bienes jurídicos. La discusión en este caso ha conducido a nuevas y relevantes reformulaciones.

La pregunta aclarativa por los «verdaderos efectos» preventivo generales obliga a la teoría penal a traspasar los límites semánticos y sistemáticos en que han sido tratados hasta hoy los fines de la pena. Dado que en el derecho penal mal se puede establecer una situación experimental, dado que las propuestas no vinculantes sobre «los» efectos sociales del derecho penal inmediatamente y con razón son puestos a tiro, la mencionada pregunta aclarativa se orientó hacia ciencias psicológicas y teórico comunicativas, pues ¿dónde si no puede desarrollarse un efecto preventivo general de las penas si no es en la cabeza y en el corazón de los hombres?

En todo caso en la República Federal Alemana (78) la prevención intimidatoria no fue sostenida con la despreocupación escandinava o estadounidense, sino en cierto modo con temor, pues la teoría no estaba inmunizada en contra del terror estatal (79) y en consecuencia era adecuada para justificar el empleo de severos instrumentos penales: ambas circunstancias hacían que para la progresista teoría penal orientada a las consecuencias de aquella época fuera altamente sospechosa. En estas condiciones la teoría de la prevención general fue reformulada por Bernhard Haffke de una manera coherente con el espíritu de la teoría de la orientación a las consecuencias (80). Unió las formas tradicionales con que se expresaban los fines de la pena con la concepción de la psicología profunda sobre la función del derecho penal. La consecuencia habría de ser de que ambos aspectos iban a ser vistos de otra forma: la contribución penal se transformaría de presunciones abstractas en hipó-

(78) Cnfr. ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, 1974; allí p. 16 y ss. en una situación excepcional un experimento preventivo general en 1944 en Dinamarca.

(79) Que también y sólo es aceptable en un estado de derecho la mejor intención pedagógico popular de intimidar a los que tienen tendencia al delito sólo en los límites de una reacción penal proporcionada, no surge de la teoría de la prevención intimidatoria misma, sino que tiene que ser cotejada crítica y buscando su limitación. Se puede decir que la esencia preventivo general se inclina a probar sobreincriminación y agudización de la pena en la «lucha en contra del crimen». Prevención general con ruptura del Estado de derecho, de la proporcionalidad, de las formalidades de la justicia o formalización es terror de Estado.

(80) HAFKKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976.

tesis saturadas de empirismo y la contribución de la psicológica profunda de autocompasiva se transformaría en enunciados consistentes sobre lo que el derecho penal puede y produce.

La crítica a esta forma de prevención general ha dado impulso a la discusión sobre los fines de la pena y también ha situado a la orientación a las consecuencias en un nuevo contexto (y con ello la ha relativizado). Esta crítica, por una parte, censuró el dominio de una función que precisamente es ajena a la psicología profunda, concretamente la función estabilizadora que esta variante preventivo general atribuye al derecho penal (81) y, por la otra, reactivó una objeción (82) que era al mismo tiempo normativa y metodológica en contra de toda forma de prevención intimidatoria: la prevención intimidatoria lesiona la dignidad del hombre en tanto que utiliza al individuo como medio (para la intimidación de otro), y además porque es en sus efectos reales aparentemente poco creíble, ya que necesariamente tiene que apoyarse en magnitudes tan grandes como

- el conocimiento seguro de todos los ciudadanos de las conminaciones penales y de las condenas (porque de otro modo el derecho penal no transmitiría nada a sus destinatarios) y
- la motivación de los ciudadanos honrados por la conminación y la ejecución penal (porque de otro modo el derecho penal como instrumento preventivo sería superfluo).

Luego, cuando con razón a efectos preventivo generales se puede esperar que ambas condiciones, en tanto que son presupuesto, tienen que presentarse acumulativamente: ¿quién sería tan ingenuo de creer que el derecho penal sea capaz de tanto? Entonces, el sentido común lleva a apostar no por el derecho penal, sino por los efectos de las normas sociales y la primera socialización cuando intentan explicar porque la gente en esencia se comporta sin infringir la ley penal y, por lo tanto, contrariando a Feuerbach.

La teoría de la prevención intimidatoria, que a primera vista es tan plausible en su adopción y tan prometedora en sus efectos, no supo justificarse ante las críticas normativas ni dar réplica a las objeciones metodológicas. No sobrevivió a la etapa del derecho Penal orientado a las consecuencias.

(81) Un ejemplo es la polémica entre HAFKKE (p. 133) y HERBERT JÄGER (p. 47 y ss., 173 y ss.), en JÄGER (Ed.), *Kriminologie im Strafprozess. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, 1980.

(82) Expuesta en las aportaciones de NAUCKE (p. 9 y ss.) y HASSEMER (pp. 41 y ss.), en: HASSEMER/LÜDERSSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979.

c. Resocialización (83)

Una teoría penal de la orientación a las consecuencias no estaría completa si sólo se fuera a preocupar de la protección de nuestros bienes jurídicos (a.) y de que los ciudadanos con inclinaciones delictuales no los agredan (b.). Precisamente por eso también es necesario alargar la mano que pone orden y auxilia hacia aquél que ha caído demostrando con ello que tiene problemas y que en el futuro también puede volver a causarlos: derecho penal orientado a las consecuencias tiene que ser entendido también como un derecho penal de reeducación y tratamiento, como un derecho penal resocializador.

Del mismo modo que en las preventivo generales también estaban presentes las expectativas preventivo especiales en las teorías penales de la época, pero no su descubrimiento. Más bien estaban allí dispuestas a ser asidas. Pero, al contrario de lo que sucedió con la prevención intimidatoria desde una perspectiva científica, la prevención especial no causó gran sensación (84).

Por lo menos desde que hay pena privativa de libertad, ha habido también algún planteamiento sobre como y hasta que extremo se debe llenar el tiempo libre de los presos. Hasta hoy la finalidad del tratamiento y de la reinserción va estrechamente ligada con la ejecución de la pena privativa de libertad (85). De alguna manera este objetivo de la pena nos parece como natural y que en particular no necesita de ninguna justificación. El que le hace objeciones de fondo, cae bajo la sospecha de la fría y dura teoría. Además tiene que superar el obstáculo de una fundamentación jurídico constitucional de la resocialización en el principio de la dignidad del hombre (86) y contar con el fracaso de su entrada en los derechos penales «modernos» como son el derecho penal juvenil (87) y el de sustancias psicotrópicas (88) que precisamente se caracterizan por ser intensivamente teóricos y resocializadores. Estas serán las razones

(83) Utilizo en el mismo sentido resocialización, prevención especial, tratamiento (en la ejecución) aun cuando los conceptos son diferenciables. Por el carácter general de la exposición no es pertinente entrar en las diferencias.

(84) Textos representativos: CALLESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, en especial pp. 97 y ss.; *Eser Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzuges*, en: Festschrift für Peters, 1974, p. 505 y ss.; KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, en: Festschrift für Württenberger, 1977, 1977, p. 359 y ss.

(85) De modo destacado (§ 2, frase 1) la Ley de Ejecución Penal de 16-3-1976 señala que «En la ejecución de la pena privativa de libertad tiene que quedar capacitado para conducirse en el futuro en la vida con responsabilidad social sin realizar hechos punibles (Objetivo de la ejecución)».

(86) BVerfGE 35,202 (Sentencia Lebach).

(87) §§ 3 y ss., 9 y ss., JGG.

(88) §§ 35 y ss. BtMG.

por las que tanto el auge como la caída de la idea de resocialización se haya ido consumando mas bien despacio.

Pese a su maquillaje amable y discreto la teoría de la resocialización ha sido objeto de justificadas críticas.

Estas comienzan con la pregunta (89) de qué es lo que realmente se quiere conseguir con este fin de la pena: una vida aparentemente conforme con el derecho (¿o sólo conforme con el derecho penal?) o también una conversión interna, un «saneamiento», una aceptación (?) de las normas sociales, jurídicas, jurídico penales (?) de nuestra sociedad? Todavía no hay respuesta. Sin un afianzamiento claro y vinculante no pueden justificarse, desde un punto de vista estricto, programas de reinserción. Tienen que ser orientados a un fin a más tardar en el momento de la elección de sus instrumentos. Fuera de esto, a la vista de la inseguridad sobre el fin de la resocialización, carece naturalmente de sentido seguir preguntando acerca de sus efectos reales y de los del tratamiento. Ya no se sabe que es lo que se debe preguntar. Pero en tanto que sobre estos efectos sólo se puede especular y que con la despenalización puede apelarse al «nothing works» (90), la idea de la resocialización es una carta a ser jugada de la política interna y de su ideología: en Escandinavia, en USA, y también entre nosotros pero con menos espectacularidad, constituye la llave maestra para la solución de todos los problemas de desviación y el curandero que estafa a los reclusos y a la sociedad tiempo y dinero.

Más profundamente en el marco de la idea de la resocialización parece obligado formular preguntas críticas (91) sobre la medida de la coerción que esta idea está dispuesta a tolerar. Estas preguntas eran peligrosas porque el mayor capital político jurídico de la idea de tratamiento es su carácter humanitario: «Curar en lugar de castigar» fue una consigna que angustió con éxito durante largo tiempo a las teorías clásicas de la pena e hizo que la ideología del tratamiento apareciera como una idea progresista con la que no se podía competir. Tendría éxito en tanto que se mantuviera en penumbra y pudiera demostrar que «tratamiento» en la ejecución penal es algo absolutamente diferente que el tratamiento en el hospital:

(89) MÜLLER DIETZ, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, 1979, en especial p. 52 y ss., 107 y ss.

(90) P. A. ALBRECHT, *Jugendstrafrecht*, 1987, § 6 II con documentación.

(91) Característico P. A. ALBRECHT *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, ZStW 1985, 830 y ss.; W. HASSEMER, *Resozialisierung und Rechtsstaat*, Krim-Journ 1982, 161 y ss.

Como medio del derecho penal y conjuntamente con la ejecución penal, la resocialización (92) es un entramado coercitivo, una asistencia impuesta; constituye la tentativa de atrapar al condenado no sólo corporalmente, sino también en su alma o quizá simplemente para que expulse de sí su esencia propia de una clase inferior, su estilo de vida y modo de conducirse (93). Si a esto le sumamos que partidarios consecuentes de la idea de resocialización (94) tienen que impulsar la pena privativa de libertad indeterminada, por cierto sospechosa en un estado de derecho, (porque el cumplimiento de la pena desde un punto de vista teórico socializador, hay que considerarlo en el caso concreto teniendo en cuenta el resultado y no desde la perspectiva de la proporcionalidad), y si se considera todo el cuadro desde la cuestión de fondo de la poca segura efectividad del tratamiento en la ejecución penal, entonces puede comprenderse porque la ideología del tratamiento no ha podido superar inólume la fase del derecho penal orientado a las consecuencias.

Los tonos en el interín fueron silenciándose. «Tratamiento» ya no será postulado en forma ofensiva como el objetivo general o quizá único de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino como medida adicional que además tiene que ser diferenciada de acuerdo con los distintos tipos de presos y situaciones de ejecución. También incluso hoy resuenan en el concepto de tratamiento antes imágenes de apoyo que de intervención. Así como que sólo puede tener valor como idea de resocialización que la desocialización previa sea atenuada tanto como sea posible (95). Sin embargo, no se puede esperar a medio plazo que propuestas humanitarias e indiscutiblemente concretas para un tratamiento en libertad o que una «terapia social emancipadora» (96) encuentre la necesaria mayoría en la ciencia, la praxis y la política. Pero si la teoría y la praxis de la ejecución de la pena privativa de libertad abandonara la pretensión de dominar sola y de mejorarle el mundo al preso, entonces la idea de resocialización podría dar buenos frutos: podría hacerse sensible al dolor de la privación de libertad, aportar alivios en la ejecución y luchar

(92) Hay quienes acentúan la prefijo «re» para destacar que los afectados en general tienen que ser socializados una vez, la primera, lo que constituye una óptica desnaturalizada de la verdadera resocialización y un desprecio frente a otras alternativas vitales.

(93) Así SCHELLHOSS, *Rehabilitation, Resozialisierung* en: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (Ed.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 2.^a Ed. (1985), p. 359 y ss. con documentación.

(94) JESCHECK, AT, § 8 V 4.

(95) Paradigmático SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 189 y ss.

(96) Paradigmático HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in: Luderksen/Sack (ed.), *Seminar Abweichendes Verhalten III 2*, 1977, p. 291 y ss.

por la supresión de la pena privativa de libertad (97). De esta forma se podría al final, con astucia, a través de esta ideología misma remover o debilitar decisivamente aquéllo para lo cual la ideología de la corrección ha nacido o estimulado con intesidad: la privación de libertad como pena criminal.

d. *Ciencias sociales, ejecución penal y formación de los juristas*

Protección de bienes jurídicos, prevención intimidatoria y resocialización son sólo «puntos esenciales» de una teoría penal orientada a las consecuencias: en consecuencia, no es todo de lo que esta teoría se ha ocupado, sólo son los que se destacan en la masa de la actividad científica de cada día. Pero, esta masa los ha sostenido y alimentado. Si se quiere tener un cuadro certero de la teoría del derecho penal orientada a las consecuencias, hay que ocuparse a continuación de los signos distintivos menos espectaculares de esta etapa.

Los puntos esenciales han sido abastecidos en su contenido por sobre todo por la ampliación de la perspectiva penal hacia las ciencias comprendidas con la realidad (98). Sin duda, que desde hacía largo tiempo que eran utilizadas corrientemente en la ciencia del derecho penal, pero por sobre todo en la praxis, problemas y resultados, por ejemplo, de la medicina, de la psicología y de sus disciplinas parciales. Piénsese sólo en la institución de la incapacidad de imputación en el derecho penal material y en la credibilidad de la declaración o confesión en el formal. Sin embargo, la teoría del derecho penal orientada a las consecuencias discutió su objeto bajo un nuevo prisma: la antinomia entre ciencias troncales y ciencias auxiliares.

Esta perspectiva ha sido sintetizada, y a ratos en forma polémica, como «inclusión de las ciencias sociales en el derecho penal» (99). Pero hay más que esto (100).

La decisión científico penal de recurrir a otras ciencias importantes para el derecho penal, no sólo como ciencias auxiliares sino para ser in-

(97) Característico LÜDERSSEN, *Stufenweise Ersetzung der Freiheitsstrafe*, en W. Hassemer (Ed.) *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 83 y ss.

(98) Sobre el particular observaciones supra III.3.

(99) Dan prueba de ello dos trabajos de NAUCKE: *Ueber de juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, y *Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts*, en Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte?*, pp. 1 y ss.

(100) Son representativos los cuatro tomos editados por Lüderssen y Sack del *Seminario Abweichendes Verhalten*, 1975-1980 (Objeto: Die selektiven Normen der Gesellschaft. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität: Strafgesetzgebung und Strafvollzug. Kriminalpolitik und Strafrecht) así como los dos tomos *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, 1980.

formado por ellas, no quería englobar lo que era extraño en forma armónica, sino cambiar pacíficamente lo propio. El patrimonio y el método científico ajeno, debían ayudar a reformular las cuestiones fundamentales acerca del objeto, el fin y la justificación del derecho penal en lugar de limitarse simplemente a dar respuesta a preguntas que previamente el derecho penal ya había preestablecido: por ejemplo, debían no sólo como ciencias auxiliares darle contenido a la red, que ya había sido anudada por el derecho penal, de la dogmática de la capacidad de culpabilidad (§§ 20, 21 StGB), sino que contribuir en la elaboración de la red misma y decir, porqué esto es así, cómo es y qué sería esencial en el futuro (101). Pues orientación a las consecuencias no se puede crear con una observación meramente distante de las consecuencias del sistema penal. Presupone que se inserta en la realidad y en su elaboración teórica. Pero si esto se lleva a cabo, entonces es de esperar que el proceso de asimilación deje sus huellas y que después el objeto de la observación científica deje de tener definitivamente el mismo aspecto.

Por lo tanto, «inclusión de las ciencias sociales» (102) no hacía sólo referencia a un mero añadido de un patrimonio científico y de problemas ajenos al sistema penal. Más bien se quería hacer referencia a una reestructuración del sistema a través de nuevos criterios de racionalidad y autenticidad, de relevancia y justificación: ya no se habría de conseguir una praxis acertada y una buena ciencia del derecho penal sólo con una teoría contundente y sobre todo bien fundamentada y con su prolongación conceptualmente limpia en «casos», sino que éstas presuponen algo más. Presuponen una mirada por la renovación del sistema y los efectos que ahí se producen, por las causalidades y las interacciones, por el marco normativo y los auténticos presupuestos de transformación y perfeccionamiento. Bajo el pabellón «ciencias sociales» navegaba todo lo que el sistema del derecho penal exigía desde fuera para llevar a cabo la reforma que prometía.

Esto no era poco ni era homogéneo. Tampoco era, de acuerdo con el proyecto, nuevo. La idea de una ciencia penal integral que en la época de la dogmática de las ciencias del espíritu no tenía ninguna posibilidad (103), se estabilizó derechamente con la teoría penal de la orientación a las consecuencias: un concepto que comprende y permite administrar con éxito todos aquellos esfuerzos que incluyen a la dogmá-

(101) Puesto en práctica por SCHILD, en: AK StGB, 1990, § 20, N.º marginal 1 y ss., 50 y ss.

(102) Que el concepto «ciencias sociales» alcanza hasta la psicología individual, con qué campos y objetos se cuenta para una discusión científico social y donde están sus límites, está expuesto en mi trabajo *Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht*, en W. Hassemer (Ed.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1984, p. 1 y ss.

(103) Supra II.2.

tica en el reducidísimo común denominador de entramado esotérico. Este concepto era tan respetable como suficientemente vago como para atar por un largo tiempo los anhelos más heterogéneos en relación con el sistema del derecho penal (104). Fue útil en esa época en tanto que un sólido desafío a un derecho penal de miras estrechas (105).

De manera mucho más clara se verá la base sobre la cual se han desarrollado (nuevamente) protección de bienes jurídicos, prevención intimidatoria y resocialización como puntos esenciales de un derecho penal orientado a las consecuencias, cuando se traten con más detalle los dos espacios, que además de haber sido los más intensamente trabajados fueron los que sus contemporáneos valoraron como los más importantes, sin perjuicio de haber sido los que distinguieron ese período. Me refiero a la formación de los juristas y a la ejecución penal.

En la fase del derecho penal orientado a las consecuencias, la ejecución penal y la formación de los juristas fueron los ámbitos en que los presupuestos y las consecuencias de un derecho justo y de una buena realización jurídica pudieron verse y captarse mejor: en la ejecución penal se ponen de manifiesto en forma concentrada los efectos del derecho penal desde la conminación penal, pasando por la sentencia condenatoria hasta la realidad de la pena. Se presentan los traumatismos que el derecho penal añade a los hombres y también permite estudiar bien las consecuencias provechosas de este derecho penal orientado a las consecuencias. En la formación de los juristas se bosquejan con importantes consecuencias los fundamentos de la praxis jurídica posterior y se decide en gran parte el valor externo de la formación profesional y se dirimen correctamente las disputas ideológicas sobre los «buenos juristas» y la «verdadera ciencia jurídica».

Por eso, no puede sorprender que en la formación de los juristas y en la ejecución penal se comuniquen como por osmosis entre sí el derecho penal y la sociedad de su tiempo. En ambos campos no han labrado solamente los penalistas, pero sin embargo sí que han cosechado y en ambos casos han dibujado claramente los trazos de una teoría penal orientada a las consecuencias:

(104) El carácter variopinto de «ciencia penal integral» queda claro en: BARATTA, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Zur Vergangenheit und Zukunft des Modells einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, ZStW 1980, 107 y ss.; LANGE, *Neue Wege zu einer gesamten Strafrechtswissenschaft*, en *Festschrift für Jescheck*, 1985, p. 53 y ss.; MAIHOFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, en: *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 75 y ss.

(105) Sin embargo, el que la utilización del concepto lo haya desautorizado para siempre, no es claro: La visión en la que Franz v. Liszt vió unidos y sobre una base amplia ciencia y praxis del derecho penal, fuese, como de pronto demostrará supra IV., para el pensamiento de la época más o menos seductor.

Sobre todo en el campo de la ejecución penal los penalistas topan con el derecho constitucional (106). Este les destruye la figura de las «relaciones especiales de poder» (107) con cuyo cómodo auxilio hasta entonces habían podido cubrir específicas infracciones jurídicas en la ejecución. En el campo de la formación de los juristas tuvieron que vérselas con fuertes deseos de cambio social y jurídico (108) que también alcanzaron al derecho penal y que en el período siguiente condujeron indistintamente a reformas (109). De ambos campos se documentó notoriamente el interés general de reforma jurídica que se observó en las 48.^a Jornadas de Juristas Alemanes de 1970. En esas Jornadas se debatió tanto sobre la regulación de la ejecución penal como también sobre la formación de los juristas y en estos dos campos el legislador confirmó e hizo realidad reivindicaciones centrales de esa época: para la formación de los juristas en especial la llamada «cláusula de experimentación» que incluye en la enseñanza universitaria la praxis y las ciencias sociales (110) y, en especial, para la ejecución penal, el reconocimiento de los derechos de los presos (111).

No sólo en el procedimiento y en los hechos, sino también en lo material son sorprendentemente numerosos los paralelismos entre ejecución penal y formación de los juristas y característicos en la fase del derecho penal orientado a las consecuencias: En ambos casos no están en el centro del interés principios y sistema, sino la realidad jurídico penalmente relevante; en ambos casos, en lugar de sólo opciones teóricas, se trata de opciones políticas las que empujaron a los reformadores a ampliar la visión científica y a considerar en forma determinante en la toma de una decisión las consecuencias que habría de producir dicha decisión. Con esto la etapa del pensamiento jurídico orientado a las consecuencias estableció también externamente signos que podían poner a salvo y transmitir su mensaje.

(106) Sobre todo desde el derecho penal MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, 1970; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Uebergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtlehre*, 1969.

(107) BVerfGE 33,1.

(108) Paradigmático Loccumer Arbeitskreis (Ed.), *Neue Juristenausbildung*, 1970.

(109) *Toma de posición, análisis y valoración* en GIEHRING/SCHUMANN, *Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf- und Strafverfahrensrecht-Erfahrung versus Programmatik*, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach (Ed.), *Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition*, 1986, p. 65 y ss.

(110) Reforma del § 5b DRiG por la ley de 10-9-1971, BGBl. I. 1557.

(111) *Strafvollzugsgesetz (Ley de ejecución penal)* 16-3-1976, BGBl. I, 581.

IV. DERECHO PENAL FUNCIONALISTA

A juzgar por los indicios se puede sostener que las cosas no están nada de bien en lo que se refiere a la herencia de la teoría penal orientada a las consecuencias. En el ámbito de la ejecución penal se siguen reclamando las reformas pendientes (112) y sobre todo hay que lamentar «contrareformas» (113). En el ámbito de la formación jurídica, el propio legislador anuló su reforma y suspendió pronto la cláusula de experimentación (114). ¿Qué es lo que ha quedado?

1. Fundamental

Con todo el cuidado que nos aconseja nuestra falta de perspectiva en relación al tiempo y el objeto, se pueden bosquejar un par de líneas fundamentales (115). Estas corren conjuntamente, en una funcionalización y modernización del derecho penal, con una tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del derecho penal y también con una erosión de los principios fundamentales consolidados que informan al derecho penal.

El derecho penal orientado a las consecuencias tiene puesto su interés en conseguir consecuencias ventajosas y en evitar las perjudiciales. Ha puesto en marcha tan consecuentemente los signos distintivos de la realidad e infinitud (116), que se puede hablar, haciendo una con una vaga alusión (117), de una «dialéctica de lo moderno». Esto permitiría sostener la opinión de que los intereses y signos distintivos se han hecho independientes y que han llevado al derecho penal hasta un límite en el que los objetivos primitivos de un sistema jurídico orientado a las con-

(112) CALLIESS/MÜLLER-DIETZ, *Komm. StVollzG*, 5.^a Ed. (1991). N.º marginal 45.

(113) SCHÜLER-SPRINGORUM, *Tatschuld im Strafvollzug*, en Scholler/Philippps (Ed.). *Funktionalismus*, p. 63 y ss.

(114) 3.^a Ley de reforma del DRiG de 25-7-1984, BGBl. I, 995.

(115) Con todo detalle lo he expuesto en: *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, en: NStZ 1989, 553 y ss.; *Grundlinien einer personalen Rechtsgüterlehre, aaO*; *Alternativ-Komm. z. StGB.*, 1990, Vorbem. Rdnrn. 465 y ss., 480 y ss.; *Sozialtechnologie und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, p. 329 y ss. En el mismo sentido y en los aspectos esenciales y conclusiones F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und Strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991; PRITTWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, en *Strafverteidiger* 1991, 435 y ss.; MÜLLER-DIETZ, *Die Geistige Situation*, en *GA* 1992, 124 y ss.

(116) *Supra* III.3, 4.

(117) HÖRKHEIMER/ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, 1968.

secuencias tenían que romperse: el sistema penal al rechazar la remisión a su realidad y la orientación a sus consecuencias quebrantó las estructuras del derecho penal orientado a las consecuencias y también postergó los principios que informaban a esta teoría y pasó a ser entendido como un efectivo instrumento específico de la política interna rechazando la pregunta crítica sobre su idoneidad instrumental. Poco a poco se desembarazó de las principales ataduras que tradicionalmente y por cierto con buenos motivos, le han impedido una acomodación funcional en el conjunto de los actuales instrumentos políticos para la solución de conflictos (118).

2. Ejemplos

a) *Tendencias*

Desde los cambios que experimentara el derecho penal en la primera mitad de los años setenta (por la 2.^a Ley de reforma del derecho penal y la introducción al Código Penal (119)), que sobre todo se habían concentrado en la Parte General, y dentro de ella en las consecuencias jurídico penales, nuestra política criminal se mueve esencialmente y cada vez con más vigor, en la Parte Especial del Código Penal y en el derecho penal accesorio. En esos espacios tiene lugar criminalización: El cuadro se determina con nuevos tipos penales y con la agudización de las conminaciones penales. No están en el orden del día descriminalización, ni un desarrollo de la Parte General, por ejemplo en el ámbito de las penas y medidas de seguridad. El cuadro de agudización y agravación se completa con una política de reforma en el procedimiento orientada a la abreviación, reducción, simplificación y prevención de escollos. La idea de que aquí se trata de un gusto por el castigo, sería anacrónica. Se está mucho más por la herencia del derecho penal orientado a las consecuencias. Esto se demuestra cuando se examinan en sus aspectos particulares los motivos que hay detrás de esta evolución.

b. *Ambito e instrumentos*

Los ámbitos en los cuales actualmente se perfila la política criminal del derecho penal material son característicos, como característicos son también los instrumentos de los cuales se sirve con preferencia.

(118) Esta línea será retomada infra IV.4.

(119) 2.StrRG de 4-7-1969, BGBl.I, 717; EGSStGB de 2-3-1974.

Medio ambiente, drogas, criminalidad organizada, economía, impuestos, procesamiento de datos, comercio exterior y control de armas son los ámbitos en los que se concentra hoy la percepción pública. En estos ámbitos la opinión pública ve una «necesidad de actuación», en ellos se realiza la complejidad de las modernas sociedades desarrolladas y se destacan los problemas de gobierno: son «modernos» y los asume el derecho penal actual. Respecto de estas materias no se espera, contradiciendo el respetable principio de la *ultima ratio* o de la subsidiariedad del derecho penal (120), hasta que se haya demostrado la incapacidad de otros medios. Mucho más se ha transformado el derecho penal en la *sola* o bien *prima ratio* para la solución de los conflictos sociales: el derecho penal aparece interviniendo cada vez más a menudo como la primera cuando no la única salida (121).

Los instrumentos de gobierno que el derecho penal pone actualmente a disposición son adecuados para estos ámbitos y sus características. Ya no se trata de rancios bienes jurídicos individuales concretos, como vida y libertad, sino de modernos bienes jurídicos universales que además se formulan vagamente y como un estandar-te: salud del pueblo, capacidad de función del mercado de capitales o credibilidad de nuestra política exterior. Estos bienes jurídicos se corresponden con los delitos que expresan el derecho penal moderno: delitos de peligro abstracto que ya no se preguntan por la amenaza concreta o lesión del bien jurídico protegido. Les basta, para establecer la punibilidad, con la realización de una acción que es valorada por el legislador en el tipo como peligrosa. El núcleo del derecho penal, el castigo de una lesión de un bien jurídico individual, ya hace tiempo que se ha diluido y se derrama sobre todos los ámbitos en los cuales nuestra vida se ha vuelto «moderna» y riesgosa. Pero, la tendencia a una *soft law* en una criminalización flexible que cubra un plano, no es seguida por los modernos marcos penales. El legislador apuesta por el rigor y la intimidación según se puede deducir del estudio de la «lucha» en contra de la «criminalidad organizada», de la regulación penal de la economía exterior y el control de armas o de la reforma del derecho Penal del medio ambiente.

En el procedimiento penal moderno que acompaña esta evolución, bastarían para la caracterización del derecho penal funcional con señalar dos campos especialmente destacados: el «deal» en el

(120) ARTHUR KAUFMANN, *Subsidiarität und Strafrecht*, en Festschrift für Henkel, 1974, pp. 89 y ss.

(121) Así se oye en estos días, mediados de abril de 1992, en todas partes la original idea de introducir un deber de votar cuya lesión será gravada con pena pecuniaria: En BADEN-WÜRTTEMBERG y SCHLESWIG-HOLSTEIN la participación en las elecciones regionales fue escasa. Por otra parte en la misma época tres velocistas de Neubrandenburg dieron alas a deseos de criminalización por doping.

procesopenal (122) y la agudización de las medidas coercitivas procedimentales para la «lucha» en contra de la «criminalidad organizada» (123). En uno se reblandece la estructura del procedimiento penal, en otro se agudizan y endurecen los instrumentos de investigación, produciéndose, sin embargo, en ambos lo mismo: un procedimiento que sea cómodo al espíritu que actualmente informa la política interior.

c. Acuerdos en el proceso penal

Los «acuerdos» o también «concertaciones» como se les llama eufemísticamente, es de suponer que constituyen la reacción del procedimiento penal a su exceso de carga, exceso de carga cuya específica hipertrofia tiene que agradecérsela al derecho penal material. Por eso constituye un problema «moderno». Este mismo contexto pone de manifiesto que precisamente los delitos «modernos» relativos al medio ambiente, a las drogas y a la economía son los más indicados para las concertaciones (124). Aun cuando en este momento, después de las controvertidas discusiones que han tenido lugar, no es posible prever que formas de concertaciones van a caracterizar en el futuro al proceso penal, sin embargo es posible prever hacia donde vamos y qué conquistas político jurídicas habrán de quedar en el camino (125).

Los acuerdos le quitan formalidad al proceso, lo abrevian, lo hacen más económico y aumenta la capacidad de la justicia penal para la solución de casos. Tienen como enemigo natural un gran número de principios jurídicos básicos de carácter constitucional y procedimental: el juicio oral público (porque necesitan prudencia y discreción); el juez legal (porque la inclinación a hacer participar también a los jueces legos en las negociaciones decisivas tiene poco arraigo); el principio de legalidad (porque la decisión no está dirigida, como sería lo racional, por el contenido del derecho penal material, sino por la valoración oportunista del estado del procedimiento y por la disposición que tengan los impli-

(122) DENCKER/MAMM, *Der Vergleich im Strafprozess*, 1988; SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*. Gutachten zum 58 DJT, 1990; hay más en el número especial de la revista «Strafverteidiger» dedicado a las mismas Jornadas.

(123) Visión panorámica y crítica en W. HASSEMER, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität*, en: KJ, 1992, pp. 64 y ss.; en lo fundamental WOLTER, en: *Systematischer Komm*, zur StPO uund zum GVG, 1990, § 151, N.º marg., pp. 81 y ss.

(124) DENCKER/HAMM, p. 12; SCHÜNEMANN, p. 18 y s.

(125) Detalles en mi trabajo *Pacta sunt servanda-auch im Strafprozess?* en: JuS, 1989, pp. 890 y ss.

cados a llegar a un acuerdo); los principios que informan la instrucción de la causa (porque la gracia del acuerdo consiste precisamente en evitar investigaciones que por lo demás son ineludibles); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque sólo tiene sentido entrar en negociaciones de acuerdo cuando se tiene algo que ofrecer); el trato igualitario (porque hay que conseguir que aquéllos que no se prestan a cooperar o los inculpados reacios, sólo por esta razón tengan un trato relativamente más duro).

d. *Agravación de las facultades coercitivas*

También es impresionante el arsenal y está exarcebado el método de investigación con que la praxis quiere llegar a las modernas formas de criminalidad: investigadores ocultos y tropas especiales, investigaciones y vigilancias de largo plazo, operaciones de «peinado» y pesquisas gráficas, introducción en la esfera privada de aparatos de escuchas y obervación, «registros de impresiones genéticas», procesamiento informático de datos amplios y «preventivos», utilización de información íntima en la criminalidad de gran alcance. Incluso en este caso aparece palmariamente porqué el desarrollo político criminal no debería provocar inquietud sólo a nivel académico: la importante distinción para la protección jurídica de los ciudadanos, entre las facultades de intervención policial y facultades de intervención judicial, se desvanece ante un miedo creciente a la criminalidad y la presencia de agresivos intereses preventivos; cada vez más caen en las redes de las pesquisas personas ajenas a los hechos; el límite irrenunciable a la intervención ante la sospecha de un hecho punible tiene sensibles lagunas en las «investigaciones preliminares» y en la «lucha preventiva en contra del crimen»; los derechos fundamentales, desde expresiones de la dignidad humana y del derecho general de la personalidad como el derecho a la autodeterminación hasta el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, se ven entorpecidos junto con una labor policial racional. El Estado amparado por la existencia comprobada de un hecho punible, atenta a la intimidad y recurre al engaño perdiendo con ello el crédito de una supremacía ética. No son las formalidades de la justicia en el derecho procesal (126) las que tienen actualidad, sino su idoneidad para la lucha efectiva en contra del delito y las expectativas de continuar elaborando garantías jurídicas en el procedimiento, pertenecen al ayer.

(126) Este concepto ha sido expuesto por Eb. SCHMIDT, LEHRKOMM. zur StPO und zum GVG I, 2.^a Ed. (1964), N.º marg. 20 y ss.: «Formalidades de la justicia en el otorgamiento de justicia, orientadas a la verdad y equidad, significa el cumplimiento de la tarea del Estado en el ámbito del dar el servicio que ofrece el derecho penal».

3. El rol de la ciencia penal.—

a. *Ciencia y praxis*

Este trabajo no tiene por objeto la evolución de la praxis jurídica, sino el desarrollo de la ciencia jurídica. Sin embargo, el hecho de que parece que la praxis domina las manifestaciones del derecho penal funcionalista tiene su fundamento en su propia naturaleza: en esta reciente evolución la ciencia ha participado sólo discreta y marginalmente. El divorcio del interés científico penal de su entorno político criminal, refleja el estado actual de la dogmática (127) de las ciencias del espíritu. Hay un avance consecuente de la teoría penal orientada a las consecuencias, pero como no hay ninguna observación científica concentrada en la praxis, se debilita su orientación crítica. Por lo tanto, la praxis se desarrolla de acuerdo con sus propias leyes. El resultado es el derecho penal funcionalista.

A pesar de estas limitaciones, hay tres ámbitos en los que se pueden hacer importantes contribuciones científicas, y perfectamente diferenciables en concreto, para la formación de un derecho penal funcionalista. Estos son los ámbitos de la dogmática penal, de las teorías de la pena y de la política criminal.

b. *Dogmática penal*

Gráficamente se puede muy bien hacer aprehensible la diferencia entre el siglo XIX y el final del XX con los problemas de la causalidad y después de la imputación. Ya un (¿o sólo, o exactamente?) examen superficial hace evidente que entonces lo característico era tener que tratar con constelaciones del tipo en que uno enviaba a otro al bosque cuando amenazaba una tormenta con la esperanza de que lo alcanzara un rayo (128), en tanto que hoy hay que pensar en la causación de daños del calibre de una decisión tomada por una mayoría precaria del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima o de un fracaso de un equipo médico: la complejidad de nuestro mundo sobre todo se representa en complejas constelaciones de imputación.

Por eso no es ninguna casualidad, que el objeto de las investigaciones con pretensiones científicas más recientes, no sólo sea la teoría de la imputación objetiva. Por regla general no se oculta que se la entiende

(127) Supra II. en especial II.4.

(128) Un ejemplo utilizado a menudo por ROXIN en *Strafrecht. Allgemeiner Teil* I, § 11 N.º marg. 36 con remisión a WELZEL; en ese N.º también una visión de la más reciente teoría de la imputación.

como una contribución al desarrollo de un derecho penal funcionalista (129). Este sería el modelo de una respuesta adecuada de la ciencia penal a las transformaciones de la realidad penalmente relevante: distinción de instrumentos dogmáticos y ascenso de la capacidad sistémica para el tratamiento de lo complejo.

c. *Teorías de la pena*

En lo que se refiere a las teorías de la pena, esto es de la preocupación científica sobre los fines de la pena estatal, en la era del derecho penal funcionalista pueden tener validez dos aspectos diferentes: que estas teorías están en el centro del interés científico, pero que, al mismo tiempo, este interés se refiere sólo a la mitad de ellas.

Cuando el derecho penal, del mismo modo que para otros fines políticos, rige como instrumento funcional, esto es ajustado y acomodado para la solución de conflictos, cuando es tratado científicamente en la construcción de aspectos sistémico funcionales y en el apartamiento de disfunciones, entonces todo pasa sólo a tener sentido a la luz de funciones del sistema y de los respectivos subsistemas relevantes. Pues, estas funciones sistémicas y sólo ellas pueden establecer lo que son ventajas para la funcionalidad, esto es, para los criterios de lo adecuado o de lo inadecuado, de lo que apoya y de lo que entorpece.

Con esto se consigue al establecer los fines de la pena, distinguir entre «función» y «fin», lo que el derecho penal no había logrado (¿todavía?) (130) en su definición tradicional. Estas en efecto hacen referencia, aunque reformuladas en el lenguaje de la teoría penal funcionalista, a los fines del subsistema derecho penal. Con ello, en primer lugar, queda claro de que en relación con los que se estiman que son corrientemente fines de la pena, sólo pueden quedar incluidas dos (intimidación y reinserción) pero no las otras dos (retribución y expiación): sólo prevención entendida como una aspiración a una situación futura y fácticamente posible, puede ser fin de un esfuerzo funcional pero, en cambio, no puede ser la compensación entre injusto y culpabilidad co-

(129) Paradigmático WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung*, 1981; U. NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden». Vorstudien zum einen dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, 1985; FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

(130) Aportando luz SACK, *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie-Probleme und offene Fragen*, en: LÜDERSSEN/SACK, *Seminar: Abweichendes Verhalten II 1*, pp. 360 y ss.

mo si se tratara de un ajuste de cuentas entre lo ya pasado y lo normativo (131). Fuera de ello es forzoso una vinculación de los fines subsistémicos del derecho penal con funciones sistémicas más altas. El derecho penal es entendido como un instrumento funcional, por lo tanto como parte de un todo mayor que le proporciona sus estructuras importantes y los criterios de enjuiciamiento para la consecución de sus fines.

No se podría decir que el derecho penal funcionalista ya habría agotado con lo fines de la pena su programa científico. Pero en este momento hay dos poderosas corrientes que no dejan lugar a dudas sobre la dirección a la que van: la teoría funcionalista de la culpabilidad y la teoría de la integración prevención.

La actual teoría de la culpabilidad se hace evidente, en los aspectos que contienen nuevas posiciones, como una teoría funcionalista y consi-gue con esta característica la vinculación con los fines preventivos de la pena (132). Es funcional en tanto que esté orientada a los fines de la pena. En consecuencia, en tanto que tome desde los fines de la pena el significado de «culpabilidad» así como de la «culpabilidad para la determinación de la pena» que codecide teórica y prácticamente sobre la imposición de la pena: lo que hoy significa «culpabilidad» (y también «exculpación») se corresponde en cuanto al contenido a los modelos y posibilidades de la prevención especial e individual. Esta es, en consecuencia, la adaptación funcionalizadora del concepto de culpabilidad a las probabilidades de la reacción preventiva, constituye la supresión de las disfunciones en coherencia con culpabilidad y pena, es, ciertamente, la elaboración sistémica de esta coherencia.

Aun cuando no se puede hablar de estrecho parentesco ni desde el punto de vista histórico dogmático ni sociológico científico, los plantea-

(131) Esta distinción entre teorías «absolutas» y «relativas» está comprobada y desarrollada en forma más amplia en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 28. Ver nota 48.

(132) Con grandes diferencias en los puntos esenciales y particularidades: ROXIN, «*Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*», en: *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 171 y ss. (Hay traducción castellana de LUZÓN PEÑA en *Problemas básicos de derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 200 y ss.: («Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico penales.); JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips in Präventionsstrafrecht*, en: el mismo (Ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 153 y ss. (Hay traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ: «La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo» en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid 1991 pp. 147 y ss.); críticamente, STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 29 y ss. (Traducción con estudio preliminar de E. BACIGALUPO: *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980); W. HASSEMER *Ueber die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, en *Festschrift für Coing I*, 1982, p. 506 y s., 522 y s.

mientos de una prevención integración constituyen, sin embargo, la prolongación de las teorías funcionalistas de la culpabilidad con otros medios.

Estas teorías (133) han aprendido de la crítica a las teorías de la prevención intimidatoria (134): que fácticamente nada se sabe sobre los efectos de un derecho penal intimidatorio y que un derecho penal de esta laya no se puede tolerar normativamente. En consecuencia han pulido la prognosis kantiana y amortiguado las vinculaciones mecánicas. Conforme a esto, el derecho penal no debe intimidar más (sólo) a los que tienen tendencia al delito con la conminación penal y el castigo de los que han sido sorprendidos, sino que reforzar, en general durante toda su existencia y por sobre todos nosotros, los mandatos y prohibiciones fundamentales que contiene. Con esto se ha conseguido, conjuntamente con una neutralización de una barrera metodológica, que la funcionalización no se refiera al autor individual del hecho punible, sino al sistema del derecho penal como un todo. Así, la aplicación del derecho penal se presenta más como empresarial que como violenta y las expectativas de eficacia positiva son tan vagas y fundamentales, que apenas se pueden contradecir. Y la adaptación funcionalista del derecho penal en los demás mecanismos de control social está, por sobre los fines de la pena, teóricamente conseguida.

d. *Política criminal*

No necesita una fundamentación muy amplia afirmar que las imágenes sobre la correcta política criminal están en el corazón de una teoría funcionalista del derecho penal. ¿Qué cosa que por último no sea la política del control de la conducta criminal con instrumentos penales podría sino ser denominada «función»? Sin embargo la preocupación científica en la política criminal del derecho penal funcionalista está en el mejor de los casos en los comienzos: No se puede estar seguro de que las pocas investigaciones vayan a ser alguna vez completadas. La praxis de la política criminal se ha alejado considerablemente de su teoría. La diagnosis sería por su parte eufemística: la praxis no se ha preocupado

(133) Asimismo con grandes diferencias y puntos esenciales y particularidades (y las más de las veces bajo el rótulo (prevención general positiva): JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.^a Ed. (1991) I 1 y ss.; MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, en: Festschrift für Jescheck, 1985, pp. 813 y ss.; GIEHRING, *Sozialwissenschaftlicher Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts*, en: KrimJourn. 1987, pp. 2 y ss.

(134) Supra III.4.b.

en absoluto de alguna teoría (lo que, por lo demás, no constituye ningún reproche en contra de la praxis).

Todas las aportaciones científicas que se puedan atribuir a la política criminal del derecho penal funcionalista (135), se refieren a procesos de la modernización, a la complejidad del mundo moderno. Por eso giran en torno a la semántica de palabras como «peligro» (en lugar de «daño»), «riesgo» (en lugar de «lesión de bien jurídico») o «seguridad» (en lugar de «justicia»). Se alimentan de las experiencias de nuestra vida cotidiana, de difusas orientaciones y miedos de amenazas de dimensiones concretas o globales, de la vida entretejida en cada vez más complejas estructuras y podrían apoyarse entre tanto en interpretaciones científicas de lo moderno, las cuales van unidas a estas experiencias (136).

Parece evidente que este marco es demasiado grande para el pertrechamiento habitual del derecho penal. O bien se renueva el pertrechamiento o se abandona la esperanza de instalar al derecho penal en la orquesta de la solución de los problemas sociales:

- Los bienes jurídicos concretos del individuo son irrisorios como núcleo de un derecho penal tan modernizado (ahora se trata de amplios bienes jurídicos universales, de funciones, de «grandes perturbaciones», de relaciones de riesgo);
- Los delitos de lesión han caído en desuso como modelos centrales de la descripción del injusto (sólo la puesta en peligro abstracta es adecuada frente a nuestra experiencia en cuanto a amenazas);
- El principio fundamental del derecho penal de la retribución y del hecho se ha vuelto peligroso (hoy ya no se puede esperar, a la vista de las amenazas globales, hasta que el niño se haya caído en el pozo, antes hay que prevenir oportunamente);
- El principio de la imputación individual es anacrónico (el injusto penal moderno se origina de decisiones entreveradas);
- Hay que repensar críticamente el *in dubio pro reo* (un derecho penal que frente a los crecientes problemas del mundo moderno quiere ser adulto, tiene precisamente que poder reaccionar en situaciones poco claras);

(135) Con grandes diferencias en los puntos esenciales y particularidades SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungdelikte*, en: JA 1975, 436 y ss., 511 y ss., 575 y ss., 647 y ss., 715 y ss., 787 y ss., KRTATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriff und der Regeln der Gesetzesanwendung*, 1985; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989; una exposición resumida y crítica en F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit* etc., I. Teil, pp. 1 y ss.

(136) BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986; LUHMANN, *Risiko und Gefahr*, 1990.

- Distinciones normativas como tentativa y consumación, auto-ría y participación, dolo e imprudencia pueden ser en un derecho penal moderno desde molestas hasta contraproducentes (porque en la lucha en contra del crimen moderno se necesitan otras estructuras relevantes y otros criterios de enjuiciamiento).

4. Preguntas y tareas

Casi no se puede discutir que el derecho penal funcionalista ha consumado en un sentido específico la orientación a las consecuencias del derecho penal: La vinculación del derecho penal con su realidad (137) se ha vuelto tan estrecha que se puede hablar de una relación funcionalista; el significado de la política criminal (138) casi no tiene límites; el interés en las consecuencias (139) ha reprimido prácticamente a todo otro interés.

Sin embargo (y por eso), se ha quebrado en el derecho penal funcionalista la *ratio* de la orientación a las consecuencias (140). Esta *ratio* en su tiempo venía bien como contrapunto de una dogmática científico espiritual que no ponía atención en las inmediateces del derecho penal (141), que estrechaba la mirada científica (142) y se dedicaba a la política criminal sin información empírica (143).

Por ejemplo, el principio de protección de bienes jurídicos (144) tenía otro significado desde la perspectiva de la orientación a las consecuencias que desde la del funcionalismo. Originalmente era crítico y negativo en cuanto obstáculo para una conminación penal: lo que no pueda remitirse a la protección de un bien jurídico es insostenible como tipo penal. Este pierde su *ratio* si sólo tiene fundamento en una conminación penal: todo bien jurídico es digno de protección penal. Lo mismo pasa con la idea de la orientación a las consecuencias. Como instrumento que acompaña a una asistencia penal orientada a la justicia esta idea tiene completamente otra significación a la del principio dominante de la conminación penal y del castigo. Y finalmente, de forma diferente a en el funcionalismo, en el análisis del derecho penal desde la orientación a las consecuencias sus garantías no eran obstáculo sino fundamento.

(137) Supra III.3.

(138) Supra III.1.

(139) Supra III.4.

(140) Véase supra IV.1.

(141) Supra II.1.

(142) Supra II.3.

(143) Supra II.4.

(144) Supra III.4.a.

El futuro del derecho penal funcionalista está abierto. No se divisa todavía qué vaya a sucederle. Pero también están abiertas algunas preguntas sobre las que hay que reflexionar si se quiere tener claras una evolución que sea deseable.

Está fuera de discusión, que también el derecho penal tiene que mantener la vinculación con el cambio social: tiene que estar preparado para dar respuesta a las preguntas de hoy y no puede remitirse en un falso purismo a los problemas de normas y de lesión de dichas normas del ayer. Tiene que seguir evolucionando en contacto con su realidad. Pero la pregunta decisiva será la medida de esas tradiciones que deberá abandonar para mantener ese contacto. Esta pregunta al final se va a decidir políticamente y en lo que a nosotros respecta esto significa, sin más ni más, sin una influencia notable de la ciencia penal. Pero la ciencia penal tiene la oportunidad (y la misión) de mantener algún espacio en la vida e incluso construirlo, sin cuya observancia no debería fracasar una decisión política.

En primer lugar, a esto pertenece la ampliación del punto de vista de que las garantías de un derecho penal y procedimental no son simples formalidades que sobreviven, sino que son, antes que nada, presupuestos necesarios para una justificación del derecho penal (145). Penas sin imputación individual, conminaciones penales sin bienes jurídicos aprehensibles, consecuencias del derecho penal sin equiparación normativa y condenas sin derechos garantizados para el condenado, sin ninguna consideración a la modernización, deberán estar excluidos de todo derecho penal.

El derecho penal tanto en la teoría como en la praxis debe mantenerse libre de engaños. El derecho penal moderno tiende a cosechar las frutas del dato empírico y a sustraerse de los costos. Aparece como instrumento de la solución efectiva de los problemas, pero no admite la pregunta crítica sobre su eficiencia. Teniendo a la vista el masivo «déficit de ejecución» en el derecho penal moderno de las sustancias psicotrópicas, pasando por el económico hasta el del medio ambiente, subsiste el peligro de una seudoeficacia puramente simbólica. La ciencia penal, en lugar de pretender la eficacia, tiene que vigilar si y donde la moderna política criminal todavía aplica la protección de bienes jurídicos.

Finalmente la ciencia penal tiene que volver a pensar en alternativas al derecho penal. De ningún modo está decidido, ciertamente que no ha sido lo suficientemente discutido, si los problemas de una sociedad moderna estarían en buenas manos si se les pusiera en las del derecho penal, aun en el caso de que éste se adaptase en la forma ideal aquí expuesta, al cambio social. Hay que partir de la base de que el derecho

(145) Esto lo he expuesto detalladamente en mi *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, § 30 II. (véase nota 48 la indicación sobre la traducción de esta obra).

penal tradicional continuará con el robo, con la corrupción y las violaciones. No veo ocasión de «modernizar» en esto. En este ámbito nuclear del derecho penal tiene que continuarse honesta, precisa y prudentemente con imputación individual, proporcionalidad de las consecuencias del derecho penal y con garantías procesales, porque de otro modo los derechos fundamentales de los partícipes de conflictos tan graves no estaría protegidos.

Hay muchos y muy buenos motivos para desarrollar para los «modernos» problemas de nuestra sociedad un «moderno» derecho de intervención: en el espacio límite del injusto administrativo, derecho penal y de acciones no permitidas; siendo cuidadoso con las leyes del mercado y con las posibilidades de sutiles intervenciones estatales; sin problemas de imputación, sin presupuestos de culpabilidad, sin un procedimiento penoso, pero en ese caso también sin penas.

El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin

ADELA ASUA BATARRITA

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. Particularidades de las prestaciones unilaterales en relación al ámbito de protección de la estafa.—II. Concepto de patrimonio y de daño patrimonial y consecuencias en el ámbito de las prestaciones unilaterales. 1. Concepto jurídico de patrimonio. El daño como incumplimiento o frustración de la legítima pretensión del disponente. 2. Concepto económico y concepto jurídico-económico de patrimonio. El daño como merma económica monetariamente evaluable. A. Concepto económico de patrimonio. B. Concepto jurídico-económico. C. El daño patrimonial como saldo económico negativo: insuficiencias y correcciones individualizadoras. a. Prestaciones bilaterales. La teoría objetivo-individual en la evaluación del daño. b. Prestaciones unilaterales. El criterio de la frustración del fin. a'. Disminución patrimonial consentida. Problemática en relación al requisito de «desconocimiento del autoperjuicio». b'. La frustración del fin social. 3. Concepto funcional y personal de patrimonio. El daño patrimonial como lesión del potencial económico para la satisfacción de fines individuales. A. Presupuestos conceptuales. B. Características del daño patrimonial. La frustración del fin pretendido y la disminución del potencial económico. a. Prestaciones bilaterales. b. Prestaciones unilaterales. 4. Recapitulación. III.—La teoría de la frustración del fin. 1. Fundamentación dogmática. A. La obtención del fin como equivalente a la contraprestación. B. La frustración del fin como teoría para delimitar los engaños relevantes. 2. Delimitación de los fines relevantes. A. El fin acordado entre las partes, o el fin objetivable que dota de sentido a la prestación unilateral. B. Fines «económicamente razonables». Discusión sobre su significado. C. Exclusión de los «intereses de afección». D. Los fines ilícitos. E. Restricción de la relevancia de los fines al ámbito del patrimonio público: la posición de Tiedemann. 3. Conclusiones. Referencia a la problemática de las subvenciones.

I. INTRODUCCION

La llamada «teoría de la frustración del fin» surge en Alemania en los años 60 en el marco de la discusión sobre la posibilidad de incluir en el tipo de la estafa las captaciones de prestaciones gratuitas a través de engaño. Inicialmente formulada como «frustración del fin social» pretendido por el disponente (1), cobrará un particular desarrollo en relación a las obtenciones ilícitas de subvenciones (2), insertándose en la polémica sobre la procedencia de tomar en consideración la perspectiva individual de la víctima en la valoración del daño patrimonial.

La teoría de la «frustración del fin» parte de la insuficiencia del criterio económico objetivo para evaluar la presencia del daño patrimonial en las prestaciones unilaterales, dado que la disminución patrimonial en parámetros dinerarios es inherente al carácter gratuito de tales disposiciones. El daño patrimonial no puede consistir sin más en aquella disminución, por lo que se requiere atender a la frustración o imposibilidad de obtener el objetivo social o económico pretendido, extremo sobre el que el disponente resulta engañado por el autor de la defraudación. La adopción de tal criterio implica una quiebra de la concepción económica o jurídica-económica del patrimonio, al insertar en el cálculo del daño elementos ajenos al cómputo contable del valor monetario en que se traduce el conjunto de bienes que conforman el patrimonio de una persona. El debilitamiento del concepto económico del patrimonio se venía produciendo ya incluso en el ámbito de las prestaciones económicamente equivalentes con la introducción jurisprudencial, y paralela aceptación doctrinal, de la teoría «objetivo individual» del daño patrimonial, asumida como correctivo ineludible en los casos de engaño sobre la utilidad personal para el adquirente de la contraprestación pactada.

Aceptada la excepción del criterio objetivo-subjetivo en relaciones económicamente compensadas, (económicamente en sentido «conta-

(1) GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, 435. Asimismo alude a la «frustración del fin social» WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Berlin 1969, 376.

(2) Con anterioridad a la promulgación de la Primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 29 de julio de 1976 —que introduce la figura específica del fraude de subvenciones en el § 264 del c.p.— la jurisprudencia alemana acude al expediente de la frustración del fin económico o social para tipificar como estafa aquellas conductas de obtención ilícita de subvenciones. Este esfuerzo de adaptación dogmática del tipo de estafa a la particularidad de las subvenciones pondrá de relieve sin embargo las dificultades de subsunción de gran número de casos de fraude de subvenciones en el tipo común de la estafa, dificultades tanto de orden práctico como conceptual por las limitaciones del propio criterio de la «frustración del fin». Cfr. por todos, TIEDEMANN, K. *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, Reinbeck bei Hamburg, 1974.

ble» objetivo), la teoría de la frustración del fin, limitada en principio a los supuestos de disposiciones gratuitas, aparece como una variante del criterio objetivo-individual adaptada a las particularidades de estas prestaciones (3). La coherencia de la orientación económica del patrimonio se resiente, ya que de algún modo implica un acercamiento a los supuestos de la llamada concepción personal (4), lo que sirve de argumento a los representantes de ésta para insistir en la superioridad conceptual de sus formulaciones (5). Las clásicas objeciones aducidas tanto contra la concepción jurídica como contra la concepción personal, de debilitamiento de la seguridad jurídica por la excesiva contemplación de la voluntad o finalidades subjetivas del disponente, y de peligro de convertir la estafa en un delito contra la libertad de disposición, se proyectan necesariamente también sobre los criterios subjetivos de evaluación del daño, introducidos en el seno de la concepción económica, en contradicción con sus premisas originarias. Los intentos de excluir los peligros denunciados conducirán a la elaboración de límites normativos en la contemplación de los fines individuales, aceptados únicamente como correctivo excepcional para supuestos determinados.

En el fondo de esta discusión subyacen como núcleo del problema, las diferencias sobre la concepción del bien jurídico como objeto de protección que anima las prohibiciones penales. La progresiva aceptación de una comprensión dinámica del bien jurídico entendido como relación funcional para el desarrollo de la persona y satisfacción de sus necesidades, más allá de la contemplación de una situación o posición estática cuyo mantenimiento se considera valioso, afecta a la propia interpretación de lo que constituye lesión o menoscabo del bien jurídico protegido. En cuanto al patrimonio, la tensión dialéctica entre ambas orientaciones se traduce en la necesidad de configurar el alcance del objeto de protección atendiendo no sólo al significado económico tradicional del valor de los bienes sino asimismo a la función o utilidad que suministran al titular de los mismos. En una realidad socioeconómica donde la intervención de las personas individuales en el gasto y uso de la pluriforme y casi ilimitada variedad de ofertas de consumo cobra un papel decisivo (6), el paradigma del «homo oeconomicus» como modelo explicativo de las relaciones económicas resulta inadecuado para comprender gran parte de tales operaciones (7). Inadecuación especial-

(3) SAMSON, SK, § 263.

(4) Igualmente puede decirse que la atención a las pretensiones del disponente implica una concesión a la anterior concepción jurídica de patrimonio. Sobre los distintos conceptos de patrimonio, *Infra*, II.

(5) Así OTTO, *Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte*, Berlin/New York 1991, 209.

(6) Cfr. ESER, «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden», GA 1962, 289.

(7) Me refiero al entendimiento tradicional del «homo oeconomicus» que parte de la conservación del valor del patrimonio en cuanto conjunto evaluable en dinero, y

mente patente cuando se trata de la satisfacción de gustos o preferencias particulares no reconducibles a parámetros abstractos de lo que resulta «rentable» o económicamente razonable para un agente económico medio (8). De la misma forma respecto a prestaciones gratuitas o con componente de gratuidad, sean públicas o privadas, el baremo de racionalidad no puede contemplarse desde aquellas premisas de conservación del valor del patrimonio del disponente, premisas que parten de una supuesta universalidad de la relación sinalagmática en clave dineraria.

Lo anterior no significa cuestionar el carácter patrimonial de la estafa. Como decía Gallas, nadie discute que el bien jurídico protegido mediante el delito de estafa sea el patrimonio (9), y efectivamente, como se recuerda a menudo, el concepto de patrimonio se construye y desarrolla por y para la estafa (10). La cuestión reside en determinar qué se entiende por patrimonio, concepto normativo cuyo contenido queda abierto a la interpretación, afectando radicalmente al alcance del sentido de la protección de la estafa. Las distintas concepciones del patrimonio como bien jurídico-penal, aun cuando en la actualidad sea predominante la concepción jurídico-económica, patentizan que estamos ante un concepto sometido a discusión sobre el que aún no se ha dicho la última palabra (11). La adopción de una u otra concepción de patrimonio repercute ineludiblemente en la configuración del daño patrimonial como resultado típico. Aunque tales divergencias apenas afloren en la re-

que conduce a la restricción del daño patrimonial en función del saldo contable resultante de la comparación entre lo entregado y lo recibido. En lo que aquí interesa, se deja de lado la problemática de la consideración del «peligro de merma patrimonial» como daño típico (cfr. al respecto RIEMANN, *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, Heidelberg, 1989). Evidentemente la racionalidad del «homo oeconomicus» puede contemplarse en la perspectiva material-dinámica propugnada por ESER, «Die Beeinträchtigung...» cit. 289 ss, según la cual el daño típico puede conformarse por la pérdida de una expectativa de ganancia, —frustración del fin económico pretendido— aspecto por otro lado aceptado con ciertos límites desde la concepción jurídico-económica predominante.

(8) Aspecto destacado especialmente por JAKOBS, «Die individuelle Schadensermittlung beim Betrug», *NJW* 1977, 228 ss.

(9) Cfr. GALLAS, «Der Betrug...» cit., 401, y n.º 1. Superadas las concepciones que remitían a la «lealtad y confianza» en el tráfico, el acuerdo sobre el carácter patrimonial de la estafa es unánime. Ello no obsta a que junto al patrimonio, se aluda a la libertad de disposición como objeto de protección mediato (GALLAS, *op. cit.* 406), con matices según autores. Recientemente KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW* 1991, 398 propugna un entendimiento de la estafa que sitúa en primer plano la lesión de la libertad de disposición, caracterizando la estafa como «delito contra la libertad que daña al patrimonio».

(10) CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin/Zurich, 1968, 23 s.

(11) Como se destaca en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1. Karlsruhe, 1988, 406; En el mismo sentido LACKNER, *LK*, p. 263, Rn. 120.

solución práctica de los supuestos generales más comunes (12), en supuestos particulares, y concretamente en el ámbito de prestaciones unilaterales, aquellas diferencias pueden ser plausibles.

El concepto de patrimonio y de daño patrimonial, punto neurálgico en la construcción de la dogmática de la estafa (13), repercute en la delimitación del engaño relevante como desvalor de acción singular de esta figura. La relación funcional (14) entre los elementos típicos —engaño idóneo para la generación del error en el disponente (15), acto de disposición patrimonial y perjuicio, junto al ánimo de lucro (16)— implica la reconducción de la simulación engañosa a la creación del peligro de lesión patrimonial, como presupuesto para la imputación objetiva del resultado. Debe tratarse por lo tanto de un engaño idóneo para ocultar al disponente el perjuicio patrimonial (17) derivado del acto de disposición, que no se verá compensado patrimonialmente con la contraprestación pactada. La exigencia dogmática del «desconocimiento del autoperjuicio» (*unbewusste Selbstschädigung*) (18), como requisito deduci-

(12) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 120.

(13) Por todos, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, cit. 406.

(14) Relación funcional que supera la mera concatenación causal de tales elementos: Cfr. por todos LACKNER, *LK* § 263, Rn 164-176.

(15) Como es reconocido en la actualidad, no se trata de un «estado síquico de error» en cuanto desconocimiento del perjuicio patrimonial, sino que es suficiente que la víctima, (o el disponente en la estafa triangular), «tenga por posible» que no concurrirá perjuicio, es decir que incluso en casos de duda debe apreciarse el elemento típico cuando la víctima confíe en que no se produciría el perjuicio. Interpretación derivada del sentido de protección de la estafa, y de los criterios de imputación objetiva del resultado dañoso en el ámbito de la estafa: Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *ADP* 1985, 339 ss.; VALLE, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 164 ss.

Una construcción distinta sobre los criterios de delimitación del engaño relevante, en función de las situaciones específicas que dan lugar a un «derecho a la verdad», o «derecho a la información veraz», en KINDHÄUSER, «Täuschung...» cit. 398 ss.

(16) El elemento subjetivo referido al ánimo de enriquecerse, recogido en el p. 263 del código penal alemán —paralelo al «ánimo de lucro del art. 528 del c.p. español— y la exigencia doctrinal de equiparación —*Stoffgleichheit*— entre el enriquecimiento y el perjuicio, constituyen otro de los aspectos necesitados de reinterpretación en relación a las prestaciones unilaterales, si se opta por la inclusión de éstas en el ámbito de protección de la estafa. Cfr. al respecto HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt a.M. 1988, 155 ss.

(17) Cfr. sobre los criterios de la imputación objetiva en la estafa, TORIO, «Acción y resultado en la estafa procesal», *Libro Homenaje al prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, 886; GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error...» cit. 338 ss.; VALLE MUÑIZ, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 164 ss.

(18) Exigencia construida en la dogmática alemana que sin embargo no es unánimemente compartida. Cfr. infra. II.2.C.b. En España no se alude explícitamente a esta exigencia, —que a mi juicio se deriva del propio sentido de la estafa y de la relación funcional entre sus elementos— probablemente porque desde una concepción económica (o jurídico-económica) que rechaza la consideración de elementos individualizadores

do de la dinámica contemplada en el tipo y el sentido de la protección, implica excluir del ámbito de la estafa las disposiciones patrimoniales generadoras de una merma patrimonial, cuando tal disminución fuera conocida de antemano por el sujeto, independientemente de que hubiera mediado engaño sobre otros extremos influyentes para la obtención del acto de disposición. La exclusión del ámbito de la estafa de los meros ataques a la libertad de contratación, o libertad de disposición, queda garantizada mediante esta reducción teleológica que restringe el engaño relevante a aquél que se proyecta sobre el daño patrimonial.

La distinta concepción del daño afecta lógicamente a lo que pueda considerarse engaño relevante. De aceptarse que la frustración del fin social o económico pretendido por el disponente es lo que permite afirmar la lesión patrimonial derivada de la disposición, el engaño deberá recaer sobre este extremo. Si se mantiene un concepto estrictamente económico objetivo del daño, únicamente será relevante el engaño sobre la disminución económica, y por lo tanto no será engaño típicamente idóneo la simulación sobre la verosimilitud de obtención de aquellos fines. Los efectos respecto a las prestaciones gratuitas son evidentes.

La problemática sucintamente descrita indica la necesidad de abordar con mayor detenimiento la relación entre el concepto de patrimonio y el concepto de daño patrimonial para poder tomar postura sobre el significado de la teoría de la frustración del fin y su admisión o rechazo en la evaluación de la lesión patrimonial.

En España, la literatura jurídica sobre la estafa apenas ha dedicado atención a la problemática relativa a la «frustración del fin», que se desarrolla básicamente en el campo de las prestaciones gratuitas. Únicamente en los últimos años, a raíz de la introducción en nuestro código penal, en 1985, del delito de obtención ilícita de subvenciones públicas, empieza a tomarse en cuenta, siquiera de manera incidental (19). Al igual que ocurrió en aquel país, la configuración de un tipo autónomo de

del daño, no resulta necesario subrayar tal exigencia, porque se trata de un dato que concurre obligadamente. Los problemas se proyectan en el ámbito de las prestaciones gratuitas, apenas tratado entre nosotros, y en las prestaciones bilaterales únicamente en tanto se admita la relevancia de la frustración del valor de uso como criterio de evaluación del daño patrimonial.

(19) ARROYO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, 65 y 69; MARTÍNEZ PÉREZ, «El fraude de subvenciones» en COBO-BAJO, *Comentarios a la legislación penal*, VI, Madrid 1986, 351, n.º 132, de forma indirecta toma en cuenta el criterio de la frustración del fin para afirmar el daño patrimonial de la estafa en caso de subvenciones.

También aluden a la «frustración del fin» como criterio para fijar el daño patrimonial ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, 301, de forma consecuente con su opción por un concepto personal de patrimonio. Asimismo, con cierta ambigüedad MARTOS, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, 1990, 114, 127 s.

fraude de subvenciones limitado a supuestos de cierta entidad, no despeja las dudas sobre la aplicabilidad residual de la estafa común a los supuestos de obtención fraudulenta de subvenciones no incluidas —en nuestro caso— en el art. 350 del código penal por no alcanzar la cuantía de los dos millones y medio de pesetas (20). En cuanto a la posibilidad de tipificar como estafa el fraude de subvenciones (21) la doctrina mantiene interpretaciones diversas. Muñoz Conde por ejemplo rechaza que puedan incluirse en la estafa tales conductas (22), mientras que Bacigalupo y Stampa comentando el Proyecto de código penal de 1980 consideraban superflua la previsión de un tipo específico por estimar que la figura común de la estafa era suficiente para acoger tales fraudes (23). Bajo, sin referirse expresamente a las subvenciones, considera que el Estado no puede ser sujeto pasivo de la estafa porque el patrimonio público se protege en otros tipos penales (24). Tanto Arroyo como Martínez Pérez, en sus respectivos estudios monográficos sobre el nuevo art. 350, admiten la aplicabilidad del art. 528 para los fraudes que no puedan incluirse en el tipo autónomo (25).

(20) El § 264 del c.p. alemán limita su ámbito a las subvenciones públicas a empresas, por lo que los fraudes de subvenciones sociales o culturales, y de subvenciones de cualquier clase a particulares podrán tipificarse bajo el marco de la estafa común, siempre que concurren los requisitos de ésta, lo cual no será fácil en la mayoría de los casos por la particular dinámica de las subvenciones.

(21) En casos de subvenciones regladas que se configuran como derechos subjetivos frente a la administración (subsidios sociales, o similares), la tipificación como estafa común no presenta problemas en la práctica. Aunque no son muy numerosas las resoluciones jurisprudenciales en este sentido, en los últimos años se han producido varias condenas por fraudes en las percepciones de pensiones de la Seguridad Social (Así, STS 8 julio 1988, Colex, N. 1.166). En estos casos de engaño sobre la concurrencia de los requisitos exigidos el perjuicio patrimonial queda cifrado en el desembolso por la Administración de una cantidad en la creencia de que con ello salda una obligación patrimonial legalmente establecida.

(22) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 8. ed. 1990, 798.

(23) STAMPA-BACIGALUPO, *La reforma del derecho penal económico*, Madrid, 1980, 52.

(24) BAJO, *Manual, Delitos patrimoniales*, cit. 165. No obstante tal afirmación responde únicamente al hecho de que la jurisprudencia tradicionalmente venía negando el fraude al Estado, en el ámbito concreto del fraude fiscal. Como el mismo autor manifiesta más adelante (*Ibidem*, 425, y nn. 5 y 6) no hay razón para negar la aplicación de las figuras patrimoniales comunes a las defraudaciones al Estado; la práctica jurisprudencial de hecho acude no sólo a la apropiación indebida (retención de cuotas de la Seguridad Social), sino también a la estafa para castigar la obtención fraudulenta de prestaciones a la Seguridad Social.

(25) ARROYO, *Los delitos contra la Hacienda Pública*. cit., 138; MARTÍNEZ PÉREZ, «Fraude de subvenciones», cit. 351 s., llega a admitir incluso la posibilidad de concurso ideal. En el mismo sentido APARICIO PÉREZ, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Oviedo, 1990, 218 s. Conclusión que sólo cabe atender desde la dificultad que presenta la clarificación de la relación entre un delito «económico» como el fraude de subvencio-

Detrás de estas divergencias subyace la falta de clarificación sobre el significado del perjuicio patrimonial en el fraude de prestaciones unilaterales, si es que se puede hablar de tal lesión patrimonial en estos casos. La afirmación de un perjuicio patrimonial implica aceptar la relevancia de la frustración del fin pretendido con la aplicación de un bien, como criterio decisivo en la evaluación del daño.

No hay duda de que la dimensión pública de la actividad de fomento sitúa el tipo penal del art. 350 dentro del contexto de la intervención pública de fomento a través de la política subvencional, por lo que el sentido de la protección penal de los recursos públicos en este ámbito cobra una dimensión que no puede entenderse desde la perspectiva clásica de los delitos patrimoniales (26). El «interés en la consecución del fin de la subvención de acuerdo con el programa que instituye la ayuda subvencional» (27) pasa a constituir el específico objeto de protección del delito de fraude de subvenciones como figura autónoma frente a la estafa. Ahora bien, si en la estafa común la frustración del fin perseguido por el disponente se admite como criterio relevante para afirmar el daño patrimonial, la diferente naturaleza de ambos delitos no excluye el reconocimiento de que existe una línea de conexión entre ambos en base a aquel criterio. Línea de conexión que explicaría la relación de subsidiariedad

nes, en el que la obtención del fin de la subvención se sitúa en el centro del objeto de protección, y un delito patrimonial como la estafa. De entender que la lesión patrimonial puede venir determinada por la frustración del fin del disponente, se facilita la percepción de una zona valorativa común.

(26) Aspecto destacado por una parte importante de la doctrina española que reclama como objeto de protección del art. 350 la Hacienda Pública en su vertiente de Gasto Público: BUSTOS, en BOIX-BUSTOS, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987, 21 s., 40; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, PE. cit. 794, 798; QUE-RALT, *Derecho Penal Español*. PE, II, Barcelona 1987, 451 s. ARROYO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid 1987, 94, señala como objeto de protección el patrimonio público, pero añade que el art. 350 «afecta además de al patrimonio público como tal, a la función de aplicación del patrimonio, al gasto público, y específicamente al gasto público en su función o dimensión subvencional».

(27) Formulación a mi juicio más correcta que la del Gasto Público, y que fue indicada ya por TORIO, «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», *Estudios penales y criminológicos*, V, Santiago de Compostela 1982, 94; y posteriormente por MARTÍNEZ PÉREZ, «Acerca de la conveniencia de criminalizar el fraude de subvenciones en derecho penal español», *Crime and Criminal Policy, Libro homenaje al Prof. López Rey*, Roma, 1985, 462. Ambos autores indican que junto al citado interés en la obtención del fin de la subvención también se protege el patrimonio público (Un estudio detallado al respecto, en mi trabajo inédito, en vías de publicación: ASUA, *La obtención y disfrute indebido de subvenciones: discusión sobre el bien jurídico protegido en el art. 350*, San Sebastián, 1990, 77 ss.).

de la estafa frente al fraude de subvenciones (28). Esta es la hipótesis del presente estudio con el que se pretende aportar una cierta luz en la búsqueda de soluciones congruentes a la problemática que ha quedado aquí esbozada.

II. CONCEPTO DE PATRIMONIO Y DE DAÑO PATRIMONIAL Y CONSECUENCIAS EN EL AMBITO DE LAS PRESTACIONES UNILATERALES

Las distintas concepciones del patrimonio que han venido predominando sucesivamente en el transcurso histórico patentizan una de las singularidades de la estafa como figura dotada de especial versatilidad para adaptarse a nuevas formas de defraudación patrimonial que surgen en la dinámica evolutiva del desarrollo económico y social (29). Versatilidad en su origen como fruto del tránsito del *crimen falsi* hacia el estelionato, y posteriormente, una vez acuñada la exigencia de taxatividad penal, flexibilidad controlada en los límites de su configuración típica, pero ciertamente notable por la servidumbre del lenguaje y la necesidad de una fórmula suficientemente general para abarcar la amplitud de la casuística defraudatoria. La ventaja de la adaptabilidad de la estafa para acoger la múltiple variedad de situaciones defraudatorias, tienen su reverso en el peligro de debilitamiento de la seguridad jurídica y de desdi-

(28) En Alemania un importante sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido en el fraude de subvenciones es el patrimonio público protegido frente al peligro de frustración del fin subvencional (el § 264 se configura como tipo de peligro). Dada la admisión generalizada del criterio de la frustración del fin para afirmar la estafa en las prestaciones unilaterales tal afirmación no es incongruente, aunque resulta insuficiente para captar el sentido material del delito en cuestión. La apelación a un bien jurídico institucional de mayor alcance, cifrado en la obtención del fin subvencional de acuerdo con el programa que instituye la ayuda pública, o el correcto desarrollo del programa subvencional, resulta más acorde con la concreta configuración típica del § 264. Sobre esta discusión, en la que se inserta también aquella posición que apela a la «libertad de planificación» de la Administración en la instauración de los programas de fomento, me remito a mi estudio, ASUA, *La obtención y disfrute.... cit.* 205-248.

(29) GROIZARD, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, VII, Salamanca 1987, 92, califica a la estafa de «el Proteo de los delitos. Adopta todas las fórmulas susceptibles de ser inventadas por el ingenio humano que conducen a obtener un beneficio propio a costa de un perjuicio ajeno...». La casuística descripción típica que pervivió en los códigos españoles hasta 1983, posibilitaba ciertamente esta máxima flexibilidad, lo que significaba asimismo altas dosis de inseguridad jurídica (Cfr. AN-TÓN, «Estafa», *NEJ*, IX, Barcelona 1958, 60 ss.). Su sustitución por la definición actual, más acorde con la construcción dogmática de la estafa que venía reclamando la doctrina, sigue acogiendo la casuística multiforme de la defraudación, pero sin vulnerar las exigencias de taxatividad penal. Cfr. sobre la evolución en los códigos penales y la situación actual, VALLE, *El delito de estafa, cit.* 104 ss. y 130 ss.

bujamiento de su genuino carácter patrimonial. Dilema que planea sobre la construcción dogmática de este delito, comenzando por la propia delimitación del concepto de patrimonio como objeto de protección penal. El resultado lesivo —perjuicio patrimonial— se configura lógicamente a partir del concepto de patrimonio que se asuma, y a su vez, los elementos del desvalor de la conducta, con el engaño como nervio central de la estafa, se colorean a través de su relación con ese resultado típico.

El tránsito de la concepción jurídica de patrimonio a la concepción económica, como planteamientos antagónicos, patentiza un primer avance en la búsqueda de un punto de equilibrio entre la máxima protección y la máxima seguridad jurídica. El ámbito de protección de la estafa se amplía para acoger toda situación de relevancia económica, y el daño típico queda fijado sobre los módulos objetivos del saldo contable negativo en términos económicos monetarios. Progresivamente sin embargo la premisa de máxima objetivización económica se revela inadecuada por razones jurídicas y por la inviabilidad de una objetividad reduccionista de todo componente individual de lo económico.

El rechazo frontal de la limitación jurídica de la concepción anterior —derechos patrimoniales— quedará ligeramente mitigado por la admisión de la corrección normativa de la versión jurídico económica, dejando fuera de protección únicamente las posiciones económicas fácticas desaprobadas por el ordenamiento jurídico. Por otro lado el desideratum de objetividad del criterio económico se revela ilusorio e injusto en la evaluación del daño patrimonial allí donde el factor subjetivo del interés económico no coincide con los módulos abstractos del «homo oeconomicus», como se encarga de poner de relieve la denominada concepción personal de patrimonio. La admisión de correctivos individualizadores en el concepto de daño patrimonial, patentizan la necesidad de nuevos equilibrios. Como ha destacado Torio, los contrastes entre las distintas teorías confluyen en una cierta permeabilidad recíproca en función de la fuerza de convicción de cada propuesta crítica, y en definitiva conducen a un cierto consenso en la delimitación del ámbito típico (30), aun cuando se mantengan ciertas divergencias conceptuales, como ocurre en la definición de «lo patrimonial».

Frente al dilema entre una interpretación restringida que aporta mayor grado de concreción y seguridad, o una mayor amplitud en la concepción del daño patrimonial con la consiguiente apertura del campo típico, se tiende a optar por la segunda alternativa por razones de justicia material (31), intentando contener con nuevos criterios el peligro de indeterminación.

(30) TORIO, «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», *AnDer-Pen* 1989, 501.

(31) LACKNER, *LK*, 26, Rn 163, justifica esta tendencia en base a un argumento político criminal: la necesidad de evitar la extensión del nivel de impunidad de agentes económicos sin escrúpulos, que gozarían de mayores facilidades para enriquecerse indebidamente a costa de terceros, generalmente personas situadas en las posiciones más débiles o con menores posibilidades de autoprotección frente al engaño.

En la doctrina española, en la actualidad mayoritariamente partidaria de la orientación jurídico-económica, los análisis del concepto de patrimonio se centran en general en la discusión sobre los elementos que integran el patrimonio como bien jurídico-penal, prestando particular atención a los supuestos de cosas detentadas antijurídicamente o a las prestaciones ilícitas (32). En las explicaciones sobre el cálculo del daño patrimonial se parte del principio de que la compensación económica excluye el daño típico, y cuando se alude a la posibilidad de criterios correctivos de tipo individual en la mayoría de los casos es para rechazar tales criterios (33), o cuando se aceptan, normalmente se acompañan de exiguas referencias a su fundamentación (34). En la jurisprudencia tam-

A mi juicio debe rechazarse la justificación político-criminal —en sí aceptable de cara a propuestas de *lege ferenda*— si no puede integrarse en la interpretación dogmática de los elementos del delito. La concepción jurídico-económica intenta esa integración a través del «valor de uso» individual como elemento del mantenimiento de una definición del patrimonio centrada en valoración económica, lo que evita la congruencia inicial, pero a través de una matización del concepto de patrimonio que no se produce en la propia definición de éste sino en la definición del daño patrimonial. *Vid infra*, II.2.D.

(32) En cuanto a trabajos monográficos, Cfr. HUERTA, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980, 27 ss.; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, cit. 259 ss.; VALLE, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 77 s., y 84 ss.; Una referencia más amplia a la determinación del perjuicio patrimonial, en MARTOS, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, 1990, 85 ss.

(33) QUINTANO, *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal*, II, 2.^a edición puesta al día por GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1977, 658; BAJO, *Manual de Derecho Penal. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, 174; VIVES, en COBO *et alter*, *Derecho Penal. PE*, Valencia 1989, 871; Una discusión más detenida de la perspectiva individual del daño la encontramos en VALLE, *El delito de estafa*, cit. 246 ss., con referencias a la doctrina alemana y con mayor extensión a la posición italiana mayoritaria también en la acogida de la perspectiva individual del daño, pronunciándose el autor tajantemente en contra de la subjetivización por suponer «una perversión de los fines y funciones perseguidos por la estafa» (p. 250). No obstante matiza que cabe afirmar el daño cuando la paridad del valor económico de las prestaciones sea solo aparente, lo que ocurrirá «cuando la correspondiente al engañado carece, absolutamente, de capacidad de realización económica». El daño en este caso se afirmaría, «no por falta de utilidad» de la prestación, sino por la «imposibilidad de realización económica».

(34) En ANTÓN, «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IX, Barcelona, 1957, 63, encontramos una primera referencia a la teoría objetiva-individual del daño manifestándose favorable a ella en casos particulares, como en el de la suscripción a revistas específicas o supuestos análogos. En la actualidad expresamente en el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 8.^a ed, 1991, 281 s.; GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, 300 ss.; QUERALT, *Derecho penal español, PE*, I, cit. 312, en una breve referencia afirma el perjuicio en la recepción de un servicio de precio idéntico al pactado pero de prestaciones diferentes, porque «redunda en perjuicio del adquirente»; ZUGALDIA, *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, I, Madrid, 1988, 56 y 60; MARTOS *El perjuicio patrimonial*, cit., 42.

poco se encontraban hasta ahora referencias significativas, pero la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 sobre el trágicamente famoso caso de intoxicación con aceite de colza, recientemente publicada (35), aporta en relación a la estafa una interpretación de extraordinario interés que puede significar el inicio de una línea totalmente nueva en la concepción del patrimonio y del daño patrimonial mantenido tradicionalmente por la jurisprudencia. En su fundamento número 9, el Magistrado ponente Bacigalupo, afirma la concurrencia del daño patrimonial en base al criterio objetivo-individual, acogiendo explícitamente el concepto personal de patrimonio (36).

Es de esperar que a partir del hito que marca esta resolución, se produzca un renovado interés por la problemática que presenta la determinación del daño patrimonial en la estafa, tanto en relación a negocios onerosos como en relación a las prestaciones gratuitas o a fondo perdido. La casuística descripción típica que hasta 1983 caracterizaba la conformación típica de la estafa, con anterioridad a la reforma 1983, permitió incluir bajo las «maniobras o negociaciones imaginarias» algunos supuestos de fraude de cuestionamientos, o similares, que llegaron a los Tribunales, eludiendo el razonamiento sobre la concurrencia del perjuicio patrimonial. Con la actual definición legal, será necesaria una mayor profundización del significado del daño patrimonial para poder resolver

Asume la perspectiva individual del daño, en consecuencia con su asunción del concepto personal de patrimonio ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, 290 s.

(35) Por la enorme extensión de la resolución, se viene retrasando la publicación de su contenido completo en las colecciones jurisprudenciales al uso. La versión íntegra, ha aparecido en un número especial del *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992.

(36) Textualmente: «... en la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmetne estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tener en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial. En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto cuyo valor pudo ser equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aciete es también daño patrimonial en el sentido de la estafa».

los casos que previsiblemente llegarán a los Tribunales en relación a obtenciones fraudulentas de prestaciones gratuitas de diversa índole, públicas y privadas, cuya creciente significación social en los últimos tiempos nos sitúa ante una realidad de alcance muy superior a la clásica «estafa del mendigo».

Al objeto de este trabajo, la fijación de los criterios para determinar el daño patrimonial constituye el punto central para la obtención de una respuesta congruente a ese grupo de supuestos de disposiciones gratuitas obtenidas por engaño. Por ello, la ineludible referencia a los distintos conceptos de patrimonio que se expone a continuación no pretende agotar el significado de cada uno de ellos, sino únicamente poner de relieve sus premisas fundamentales como marco sobre el que se construye el concepto de daño patrimonial.

1. Concepto jurídico de patrimonio. El daño como incumplimiento o frustración de la legítima pretensión del disponente

Como es sabido, las primeras elaboraciones más detalladas sobre el patrimonio como bien jurídico protegido en la estafa, que tuvieron su desarrollo a finales del pasado siglo y principio de éste, asumían la relación de subordinación del derecho penal en su función punitiva derivada frente al resto del ordenamiento jurídico (37). Consecuente con su planteamiento de la subsidiariedad del derecho penal frente a otras ramas del ordenamiento, Binding mantenía lo que se ha denominado «concepto jurídico» de patrimonio (38), al igual que anteriormente Merkel (39). Desde las primeras décadas de este siglo esta orientación comenzó a ser mayoritariamente rechazada (40), si bien en la actualidad aisladamente algún autor propugna la necesidad de una vuelta a las formulaciones iusprivatistas como camino más respetuoso con las exigencias de seguridad jurídica (41).

Concebido el patrimonio como conjunto de derechos y deberes patrimoniales, reconocidos por el derecho privado o incluso por el derecho público (42), la concepción jurídica fija el daño patrimonial en la lesión

(37) Cfr. HUERTA, *Protección del patrimonio inmobiliario*, cit. 19 ss., sobre las orientaciones metodológicas en este punto, con importante referencia a la doctrina alemana e italiana.

(38) BINDING, *Lehrbuch des Gemeinendeutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, Neudruck der 2. Auf., Leipzig 1902, 238.

(39) MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, Leipzig 1867, 101.

(40) Aunque todavía algún autor sigue propugnando la concepción jurídica, así GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2. ed. Berlin und Leipzig; 1932, 560.

(41) NAUCKE, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 214 ss., 247 ss. Berlín, 1964.

(42) BINDING, *Lehrbuch*, cit., 237: la esencia de los delitos patrimoniales reside en la lesión de derechos patrimoniales subjetivos, en la mayoría de los casos de derecho privado, rara vez derechos de carácter público.

de tales derechos, independientemente de la concurrencia o no de una pérdida evaluable económicamente (43). La protección penal del patrimonio se extiende a todo derecho subjetivo (patrimonial) (44), y sólo a los derechos subjetivos. La lesión de intereses de afección o de valores inmateriales puede dar vida al daño típico de la estafa, mientras que la pérdida de un objeto o situación de valor económico que no sea reconducible a un derecho subjetivo no podrá considerarse perjuicio penalmente relevante.

El concepto formal del perjuicio que sostiene esta teoría cifra el daño típico —según expone Binding— en la lesión de un derecho patrimonial, consistente en una pérdida de éste o en su transformación de manera contraria a las previsiones permitidas por el ordenamiento jurídico. El incumplimiento de la obligación o prestación jurídicamente acordada conduce al resultado típico, en cuanto que el titular del patrimonio no obtiene aquello exigible en derecho de acuerdo con la transacción efectuada (45). Es indiferente que el disponente reciba otro objeto o bien de valor económico equivalente a lo entregado, ya que se considera que la pérdida del derecho individual no queda compensada de ninguna manera a efectos de apreciar el daño patrimonial. La contemplación de los derechos patrimoniales en su individualidad, y el rechazo expreso de la valoración económica —es inadmisibles la abstracción de los derechos patrimoniales y la transformación del patrimonio en una mera consideración cuantitativa de contenido indiferenciado (46)— conduce a reclamar que la lesión no puede contemplarse como un ataque al patrimonio como unidad de valor en una valoración global de toda su masa, sino como menoscabo de cualquiera de sus elementos particulares. Por ello no cabe la compensación por la entrada en esa masa, de otro valor distinto al jurídicamente exigible. Claramente no se produce compensación por la equivalencia de valor económico. Binding precisamente proclama la superioridad de la concepción jurídica por su independencia del valor dinerario de los objetos, independencia que a su juicio constituye «un gran avance cultural» (textual: *einen grossen Kulturforts-*

(43) BINDING, *Lehrbuch*, cit., 238.

(44) Como acertadamente señala HUERTA, *Patrimonio inmobiliario*, 31, el problema de esta concepción es la indeterminación de lo «patrimonial». GALLAS, «Der Betrag...» 407 s., destaca cómo en definitiva se acude a una referencia económica, como en la definición de TUHR (*Allgemeiner Teil*, Bd 1, 314, citado por GALLAS): Son derechos patrimoniales «aquellos derechos que aseguran a la persona los medios económicos para su existencia y para la realización de sus deseos». Pero pese a esta definición, la concepción jurídica se significa por incluir como derecho patrimonial la propiedad sobre cosas que no tengan ningún valor económico.

(45) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 238, y 357: perjudicado es aquel que no obtiene lo que en derecho le corresponde («der nicht erhält, was er von Rechts wegen beanspruchen kann»).

(46) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 238 n.º 2 citando a SAVIGNI.

chritt), puesto que es evidente que hay derechos patrimoniales —concretamente el derecho de propiedad— sobre objetos sin valor económico (47).

La voluntad del titular se erige en criterio rector en la determinación de la concurrencia o frustración de la contraprestación adecuada, de acuerdo con las expectativas personales o finalidades pretendidas con la disposición patrimonial, expectativas que pueden ser de naturaleza material o inmaterial (48).

En consecuencia podrá ser víctima de la estafa, en cuanto perjudicado en sus derechos patrimoniales, aquella persona que de no haber mediado error no hubiera llevado a cabo el acto de disposición, o hubiera dispuesto de manera diferente para no ver perjudicado su derecho a obtener la contraprestación pretendida. No es extraño que se critique a esta concepción el desdibujamiento de lo «patrimonial», y su confusión con la libertad de disposición, con la consiguiente ampliación del campo de protección de la estafa (49). De ahí que una de las objeciones fundamentales que se le oponen resida en la imprecisión y labilidad en la afirmación del perjuicio, dependiente del interés subjetivo, preferencias o gustos del titular (50).

El engaño sobre calidad o características de la contraprestación, aun cuando el precio pagado por ella se corresponda a su valor objetivo en el mercado, se apreciará como engaño idóneo para la estafa ya que el perjuicio queda residido en el incumplimiento de lo pactado y no en la merma económica. La delimitación respecto al ilícito civil por evicción o incumplimiento, se dificulta. Allí donde el contrato resulte nulo por engaño, estaríamos simultáneamente ante una estafa.

Respecto a las prestaciones unilaterales, cuya problemática se plantea en aquella época en relación a la «estafa del mendigo», en principio podría afirmarse que la entrega de un bien por engaño podría constituir estafa, por tratarse de la pérdida de un derecho patrimonial inducida por engaño. Pero las prestaciones gratuitas no responden a la estructura de reciprocidad —prestación para obtener una contraprestación a favor del disponente— sobre la que se construye la estafa común, singularidad que plantea dificultades para afirmar que no se ha obtenido lo que jurídicamente se pretendía. Para superar tal objeción, Merkel, partidario de la punibilidad de la «estafa del mendigo» (*Bettelbetrug*), apela a la existencia de un «equivalente ideal» de la contraprestación que ordina-

(47) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 239, y añade: entiendo que es un avance científico y práctico la consideración de los derechos subjetivos de forma independiente del concepto de valor, concepto con frecuencia difícil e inseguro.

(48) BINDING, *Lehrbuch*, cit., 357.

(49) Cfr. por todos, CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden in Strafrecht*, Berlin/Zürich, 1968, 71 ss. y 85 s.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 121; MAURACH/SCHROEDER/MAJWALD, *Strafrecht*, B. T., 429.

(50) CRAMER, *Vermögen*; cit. 71 ss.

riamente se pretende. Este equivalente ideal vendría dado por la satisfacción que para el donante caritativo significa poder aliviar los padecimientos de un necesitado. Al igual que en la estafa genérica la ausencia de contraprestación fundamenta el daño patrimonial, en la estafa del mendigo la ausencia de esa consecuencia satisfactoria de subvenir a las necesidades de un supuesto indigente permite afirmar la presencia del daño típico (51). Con esta construcción Merkel se adelanta a las formulaciones posteriores de la teoría de la frustración del fin (52).

Binding, reconociendo que la contraprestación puede ser de carácter «ideal» (53), afirma el daño patrimonial en las prestaciones que persigan un fin inmaterial, ya que desde el concepto jurídico la lesión no desaparece por la paridad económica. En cambio, desde un concepto económico, señala lúcidamente, la donación de tres marcos a un mendigo supone un empobrecimiento para el donante, tanto si se trata de un verdadero necesitado como si se trata de un impostor; el engaño no sería causal respecto al perjuicio, puesto que éste se produce independientemente del engaño (54). Desde la concepción jurídica, el desprendimiento de un derecho patrimonial para obtener un equivalente ideal será daño siempre que —aunque también solo en caso de que— ese equivalente resulte ilusorio (55).

Sin embargo a principios de siglo no era común aceptar la estafa del mendigo. Frank, desde su teoría de la «prohibición de regreso» en el curso causal interferido por la víctima, niega la estafa argumentando que en tal caso el verdadero causante del perjuicio no es el autor del engaño, sino la propia víctima que dispone conociendo las consecuencias dañosas (56). Consecuencias que califica como dañosas desde una valoración predominantemente económica.

Rechazada posteriormente por la mayoría de la doctrina la fórmula de Frank de la «prohibición de regreso» (*Regressverbot*), el acento se desplaza a la exigencia de que el disponente desconozca el efecto autoperju-

(51) MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, cit. 212 s.

(52) Como señala GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, Berlin 1988, 15, se puede considerar a MERKEL predecesor de la teoría de la frustración del fin.

(53) BINDING, *Lehrbuch*, 354.

(54) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 356.

(55) BINDING, *Lehrbuch*, cit. 357. Para destacar las diferencias con el concepto económico emplea también el ejemplo de adquisición de un rizo de pelo del padre muerto, por 20 marcos: habría daño económico tanto si se trata de pelo de su padre, como si es de un tercero. Jurídicamente en cambio no habría daño si concurren los presupuestos adecuados, y sí habría que afirmarlo en caso contrario, porque el disponente no habría recibido «la contraprestación a la que jurídicamente tiene derecho».

(56) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen, 1931, § 263, Anm. VI, 1. Aunque según señala ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung beim Betrug» GA, 1971, 161, inicialmente FRANK había admitido la «estafa de donaciones» cambiando posteriormente su postura en la primera edición de sus Comentarios al código.

dicial de su acto de disposición (*unbewusste Selbstschädigung*), como expresión de la relación funcional entre los elementos de la estafa. De acuerdo con esta exigencia, de la conciencia del perjuicio, inherente a la estafa de donaciones, Gerland (57), Grünhut (58), y posteriormente Liszt/Schmidt (59), negarán la relevancia penal de la estafa de prestaciones gratuitas.

La atención a las expectativas del titular disponente para fijar el daño patrimonial volverá a cobrar un lugar preferente en las construcciones del concepto personal de patrimonio. Esta coincidencia ha llevado a que en ocasiones se haya incluido a Bockelmann, iniciador de aquel concepto personal, en el grupo de los representantes del concepto jurídico (60). Efectivamente parece aproximarse a la versión jurídica de patrimonio cuando formula el daño típico como decepción o frustración de las expectativas personales, pues el objeto del contrato viene dado precisamente por lo que el disponente pretendía obtener, esto es, lo que el engañado había considerado como compensación de su aplicación patrimonial (61). El propio Bockelmann rechaza expresamente por insatisfactorias tanto la teoría jurídica como la económica y la jurídico-económica (62), pero como se verá más adelante, será en la concepción personal donde pueda volver a encajar con menor esfuerzo la argumentación a favor de la inclusión del fraude de donaciones o prestaciones unilaterales en el marco de la estafa.

2. Concepto económico y concepto jurídico-económico de patrimonio. El daño como merma económica monetariamente evaluable

A. Concepto económico de patrimonio

En contraposición al concepto jurídico que incluía en el patrimonio todos los derechos patrimoniales, pero sólo derechos patrimoniales, el

(57) GERLAND, *Deutsches Reichstrafrecht*, cit. 639.

(58) GRÜNHUT, «Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen», en *Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Recht*, 5 Band, Berlin/Leipzig, 1929, 122.

(59) LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf. besorgt von E. SCHMIDT, Leipzig/Berlin, 1927, 671. Según destaca ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten...», cit. 161, originariamente LISZT no aludía a la exigencia de «desconocimiento del auto-perjuicio» y por ello admitía sin problemas la estafa del mendigo; la versión acorde con las posturas de BINDING y FRANK proviene de la actualización realizada por Eberhard SCHMIDT al encargarse de la nueva edición.

(60) A quien HARTMANN, *Das problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris, 1988, 18, incluye junto a los representantes de la concepción jurídica.

(61) BOCKELMANN, *Der Unrechtsgehalt des Betruges*, *Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlin 1944, 226.

(62) BOCKELMANN, «Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ*, 1952, 462 ss.

concepto económico considera que pertenecen al patrimonio todas las posiciones de significación económica y únicamente aquellas posiciones de significación económica (63). La primera premisa —protección de toda posición económica (64)— pretende superar las insuficiencias de la construcción jurídica para atender a la realidad de la vida económica y el dinamismo de su desarrollo. Las situaciones fácticas de poder económico y capacidad de disposición y adquisición de bienes patrimoniales a través de prestaciones personales, como la prestación laboral, conocimientos específicos como el Know-how, las expectativas objetivables de negocio, etc, no constituyen derechos subjetivos, y sin embargo sería absurdo ignorar su trascendencia económica. Con la correlativa reducción de la protección penal a aquello que tenga relevancia económica, se pretende superar la indeterminación del concepto jurídico y a la vez se excluye la extensión de la protección penal a relaciones patrimoniales sobre objetos de valor puramente afectivo o inmaterial. El sentido de protección de la estafa se centra en el mantenimiento del potencial económico objetivo del patrimonio, como suma global de valor, lo que significa que la salida de un elemento patrimonial debe compensarse con la entrada de otro bien de valor equivalente.

De acuerdo con las premisas económicas (65), constituyen elementos patrimoniales todas aquellas situaciones, relaciones o capacidades que posean valor de cambio en el tráfico económico, esto es, que puedan ser objeto de negociación o de intercambio evaluable en dinero (66). El concreto valor de cambio vendrá determinado por el valor de utilidad que ofrece ese elemento patrimonial para el que pretende obtenerlo. Si una determinada utilidad no interesa a nadie más que al titular de aquel elemento o capacidad, no puede computarse como elemento patrimonial, ya que no es susceptible de intercambio económico. Como expone gráficamente Samson, una determinada habilidad artística, como por ejemplo el virtuosismo instrumental de un pianista, podrá considerarse como un bien económico únicamente desde el momento en que un tercero esté dispuesto a pagar por oírle en concierto (67); lo mismo ocurre con la «fuerza de trabajo», los conocimientos profesionales o prestaciones de servicios de cualquier clase, cuyo valor económico depende de

(63) SAMSON, «Grundprinzipien des strafrechtlichen Vermögensbegriffes», *JA* 1989, 512 s.

(64) «Kein rechtlich ungeschütztes Vermögen», reza el principio proclamado por la jurisprudencia alemana, partidaria de la concepción económica, aunque en relación a prestaciones ilícitas o transacciones con objetos adquiridos ilegalmente admite correcciones, no siempre con los mismos criterios: Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 121; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 107.

(65) Sobre las variaciones en la formulación del concepto económico, aun dentro de la coincidencia esencial, Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 122.

(66) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 112.

(67) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 112.

que ese potencial hipotético se actualice en una concreta relación de intercambio (68). El mismo principio de «significación económica» actualizable delimita la relevancia económica de ciertas expectativas, cartera de clientes, situaciones de hecho diversas, que podrán contabilizarse como elementos patrimoniales en tanto que objeto de un acto de disposición que se realiza a cambio de otro bien económico (69).

El daño patrimonial, de acuerdo con los parámetros económicos, surge cuando la entrega o prestación del disponente no es correspondida con la afluencia de un valor equivalente al patrimonio del disponente. La exigencia de mantenimiento del saldo económico como principio sobre el que se construye el concepto de lesión patrimonial, apunta, señala Samson, a una concreta dirección como objeto de protección de la estafa: la protección frente a la disminución económica del valor global del patrimonio (70). No se trata de proteger contra la pérdida —por engaño— de un elemento del patrimonio, ni de mantener el derecho del titular a proceder de acuerdo con sus gustos o preferencias con sus bienes patrimoniales, sino de mantener el potencial económico en su valor monetario según los criterios del mercado (71).

Las ventajas de la concepción económica extrema contienen en su reverso inconvenientes por exceso y por defecto, en dirección opuesta a lo que era insuficiencia y exceso en la concepción jurídica. La amplitud que adquiere lo patrimonial conduce a otorgar protección penal a situaciones fácticas de poder económico incluso a aquellas abiertamente ilegales (72). Por otro lado el déficit apuntado se revela en las propias limitaciones de la valoración económica del patrimonio. La insatisfacción del «exceso» apuntado conducirá a la introducción de correcciones normativas dando lugar a la versión «jurídico-económica» de patrimonio. Las insuficiencias de los baremos objetivos para la valoración del daño en determinadas situaciones, intentarán paliarse acudiendo a criterios de individualización del daño a través de la teoría objetivo-individual del daño patrimonial.

(68) Por todos, SAMSON, *SK* § 263, Rn. 112; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 140.

(69) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 127 y ss. sobre la variedad de situaciones que pueden considerarse elementos patrimoniales desde la perspectiva económica, y las matizaciones desde la perspectiva jurídico-económica.

(70) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 127.

(71) Por todos, SAMSON, *Ibidem.*; CRAMER, *Vermögensbegriff... cit.*, 69 ss.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 143 y ss.

(72) Podrá ser víctima de estafa tanto el ladrón respecto a los bienes ilícitamente obtenidos, como quien realiza unos servicios ilícitos engañado sobre la remuneración de los mismos. El primer caso también será considerado digno de protección por la mayoría de los partidarios de la concepción jurídico-económica, no así el segundo; la diferencia estribará en el valor objetivo del primer objeto —dinero— cuya posesión, aún ilícita, recibe cierta protección por el ordenamiento, mientras que en el segundo caso la prestación ilícita no es en absoluto tolerada jurídicamente como valor de cambio. Cfr. SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 111; con amplia referencia casuística, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 122, 240 y ss.

B. Concepto jurídico-económico de patrimonio

Como es sabido, la concepción jurídico-económica pretende superar las insuficiencias de las dos teorías anteriores en cuanto a la delimitación del contenido del patrimonio a efectos jurídico-penales (73). En la actualidad constituye el concepto ampliamente mayoritario en nuestro país, al igual que en Alemania. Dentro de las variantes que pueden distinguirse dentro de esta orientación (74), el común denominador reside en su matriz económica como punto de partida, en cuanto que sólo los objetos, posiciones o situaciones evaluables económicamente son considerados elementos patrimoniales. A la vez, su característica distintiva respecto al concepto económico puro reside en la introducción de la restricción normativa (75) dirigida a superar las contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico, negando el carácter patrimonial de aquellas posiciones desaprobadas jurídicamente aun cuando impliquen para el titular la posibilidad fáctica de una realización económica (76). Dado que la ventaja de la teoría económica reside en la inclusión de posiciones de significación económica que no toman la forma de «derechos patrimoniales», la vinculación con el ordenamiento jurídico no puede ir más allá de la exigencia de que «no se encuentren en oposición con el resto del ordenamiento», ya que no se puede pedir que sean «reconocidas» por el derecho, situaciones que por definición se afirma que no

(73) Por todos, CRAMER, *Vermögensbegriff... cit.* 41 s.; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 122.; BAJO, «El delito de estafa», en COBO (dir.) BAJO (coord.) *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 2, Madrid, 1985, 1164 s.; HUERTA, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit. 34 ss; VALLE, *El delito de estafa cit.* 82 s.

(74) GALLAS, «Der Betrug...» cit., 409 ss.; CRAMER, *SCH/SCH, StGB*, § 263, Rn. 82.

(75) WESSELS, *Strafrecht, BT*, cit., 125.

(76) Las variaciones de esta orientación mixta se manifiestan en la mayor o menor amplitud en la consideración de los elementos patrimoniales, a efectos jurídico-penales según el criterio asumido para indicar la coordinación con otras ramas del ordenamiento jurídico. GALLAS, «Der Betrug...» cit., 412 (siguiendo a FRANK y NAGLER) exige que la posición económica sea reconducible a un derecho subjetivo, haciendo coincidir en este punto lo económico con lo jurídico, y en consecuencia restringiendo al máximo el campo de las posiciones relevantes; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 373, se limitaba a requerir que las situaciones económicas estuvieran protegidas o aprobadas jurídicamente; en la formulación más amplia, de CRAMER, *SCH/SCH, StGB*, 263, Rn. 82, o de LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 132, es suficiente que se trate de situaciones fácticas «no desaprobadas» por el ordenamiento jurídico. Las diferencias en la práctica se reflejan en la admisión o no de las expectativas económicas y de las obligaciones jurídicamente nulas; salvo la posición de GALLAS que excluye ambos supuestos, en general se aboga por la exclusión únicamente de las obligaciones derivadas de negociaciones prohibidas o inmorales: Cfr. SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 105; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 132, y 240 y ss.

constituyen «derechos», sino «hechos» de significación económica (77). O formulado de otra manera, a mi juicio más precisa, que se trate de posiciones económicas que revistan una «apariencia de no contrariedad con el ordenamiento jurídico» (78).

Delimitado el contenido del patrimonio, el objeto de protección de la estafa se cifra en el mantenimiento del potencial económico del titular, configurado como una suma de valor abstracto en clave monetaria. Los criterios para la determinación del resultado típico, lesión patrimonial, no difieren de los propuestos por la concepción económica estricta. En ambas, la ventaja de la objetividad del baremo económico se convierte en insuficiencia frente a determinados supuestos concretos donde la significación económica que ostenta un determinado bien difícilmente puede captarse sin atender a las circunstancias y necesidades particulares de los individuos concretos. Desde las mismas filas de los representantes de las concepciones económicas (en sus dos versiones, estricta o mixta), se reconoce que la sumisión a los baremos de mercado en la determinación del valor de bienes que en absoluto resultan útiles al comprador, engañado sobre las cualidades del mismo pero no en cuanto a su precio real, implica desconocer las peculiaridades del microcosmos de la economía de los individuos en su vida particular, aplicando la misma horma a realidades diversas (79). La preocupación por alejar del ámbito de la estafa todo aquello que suponga atender a las voluntades particulares de disposición, por temor a caer en la mera protección de la libertad, desemboca en una desprotección del titular del patrimonio dejando a éste convertido en un apéndice marginal ante la lógica reductora de medición en equivalentes dinerarios (80).

(77) LACKNER, *LK*, § 263, Rn 123; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 115. Por ello resulta demasiado restringida la propuesta de GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 409 en cuanto que exige que se trate de posiciones reconocidas en otras ramas del ordenamiento jurídico; asimismo las versiones anteriores de FRANK, *Das Strafgesetzbuch... cit.* Anm V, 3 y NAGLER, *LK* 6/7. Auf., Vor § 249, II,1 al exigir que se trate de bienes económicos sobre los que exista una disponibilidad jurídicamente reconocida, se sitúan más próximas a la concepción jurídica.

(78) BAJO, *Manual*, *cit.*, 167; acude a la fórmula de la «apariencia jurídica», rechazando fundadamente la exigencia de «reconocimiento jurídico» por excesiva. No obstante, dado que existen posiciones económicas fácticas que no encuentran una formulación jurídica, incluso que no han sido previstas por el derecho, a mi juicio es más preciso exigir simplemente la «apariencia de no disconformidad con el ordenamiento jurídico», lo que incluye situaciones de «apariencia jurídica», —que revisten la forma de un derecho patrimonial, propiedad o posesión «aparente»— y situaciones que no pueden encuadrarse bajo una determinada calificación jurídica. Formulación similar a la propugnada por CRAMER, *Vermögensbegriff cit.*, 100, y LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 132, «situaciones fácticas no desaprobadas por el ordenamiento jurídico», con la matización de que basta esa «apariencia» de no disconformidad.

(79) CRAMER, *SCH/SCH StGB*, § 263, Rn. 81.

(80) Crítica proveniente de las concepciones personales de daño patrimonial, como se verá infra. II.3.

La jurisprudencia y doctrina alemanas, manteniendo el concepto económico, admitirán la existencia de un componente individual del daño (*persönliche oder individuelle Schadeneinschläge*), que inevitablemente debe tomarse en cuenta en casos excepcionales, a fin de evitar soluciones materialmente injustas. Mediante la denominada «teoría objetiva-individual» del daño patrimonial, se desarrollan los criterios de evaluación en estos casos, delimitando el alcance de su operatividad a través de la conjunción de baremos objetivos y subjetivos.

A efectos de este trabajo interesa particularmente el análisis de la determinación del daño en las prestaciones gratuitas, que constituyen uno de los grupos de supuestos donde la medición objetiva resulta insatisfactoria. La problemática resulta similar a la que presentan las prestaciones unilaterales de paridad económica objetiva en las que la utilidad económica individual queda no obstante frustrada. Por ello trataré en primer lugar los criterios correctores aplicables en estos supuestos, que facilitan la comprensión de las soluciones propugnadas para las prestaciones unilaterales. En ambos casos se conmueven los presupuestos objetivos estrictos de las premisas económicas al admitir en su seno pautas contradictorias, que en definitiva abocan en resultados similares a los que se obtienen desde las concepciones personales o funcionales de patrimonio.

C. *El daño patrimonial como saldo económico negativo: insuficiencias y correcciones individualizadoras*

a. La Teoría objetivo-individual como correctivo del concepto económico estricto de daño patrimonial. El valor de utilidad

La construcción dogmática de la estafa sobre la idea de equivalencia económica de prestaciones, en valor dinerario, resulta adecuada en general para las transacciones mercantiles de acuerdo con los intereses del agente económico medio, que coincidirán en la mayoría de los casos con los de la persona concreta que se desenvuelve en el comercial. La agilidad y complejidad del tráfico requieren esa abstracción y ese acuerdo tácito sobre el valor convencional. Los intereses particulares de utilidad quedan normalmente satisfechos dentro del marco normativo de los valores económicos que el mercado configura en función de las características propias de un bien o servicio. La operatividad del criterio económico objetivo como garantía de seguridad jurídica resulta innegable como principio general.

Pero ese desideratum de objetividad y seguridad que aporta el criterio económico queda teñido de obligada relatividad porque la realidad indica que los baremos no son absolutos. La propia teoría económica reconoce la evidencia de que no todo objeto susceptible de intercambio económico presenta siempre y en cualquier contexto el mismo valor, esto es, el mismo «valor de mercado». Las leyes de la oferta y la demanda

inciden en las variaciones de los precios, allí donde no exista una intervención estatal que regule o fije de antemano un precio determinado por razones de política económica, en cuyo caso el precio puede ser inferior o superior al «valor» que podría atribuirse de otro modo a ese bien. Las diferencias derivadas de la comercialización al por mayor o al detalle, o la práctica de precios de temporada o de promoción especial, mercado de segunda mano, venta mediante subasta., etc (81), obligan a tomar en cuenta el cómo y las circunstancias de una transacción para poder establecer si la contraprestación es de valor equivalente y por tanto excluir el perjuicio patrimonial (82). Así como la escasez de un bien ante una fuerte demanda elevan su valor, la abundancia de oferta y escasez de la demanda pueden llevar a una pérdida considerable de su valor económico, o incluso según las características del objeto en cuestión, puede llegar a perder totalmente su valor (bienes de consumo perecederos, maquinaria de tecnología superada por otras menos costosas...etc.). Datos todos ellos que confluyen en la fijación del valor económico de un bien, valor sobre el que convienen las partes, por asumir el precio de venta al público, o mediante acuerdo sobre el presupuesto de una obra, servicio, u otra prestación, en base a sus cualidades, calidad, o particularidades pactadas. El engaño sobre la concurrencia de alguna característica que *influya en el precio* o coste de la prestación, conduce al perjuicio patrimonial del disponente que paga más de lo que corresponde por lo que realmente recibe.

Si pese al engaño sobre las características de la contraprestación, el disponente recibe un bien que se corresponde con el valor de lo pagado, según la concepción económica estricta, no estaríamos ante una estafa sino ante un ilícito extrapenal. La paridad económica según valor de mercado excluye la presencia del perjuicio típico. Esta afirmación, asumida mayoritariamente en la doctrina española, fue prontamente relativizada en la praxis jurisprudencial alemana (83) y progresivamente por la mayoría de la doctrina de aquel país (84). Junto al valor objetivo esti-

(81) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn 150, y 191 s. con amplia referencia jurisprudencial; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 140.

(82) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT, cit.*, 436: en la propia valoración objetiva se debe atender a las diferencias de cada círculo concreto donde se desarrolla la transacción (*Verkehrskreisen*).

(83) Una relación de resoluciones jurisprudenciales donde se asume la perspectiva individual en la estimación del daño, aplicada a grupos diversos de casos, en LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 196-200.

(84) Admitían ya la necesidad de un momento individual en la determinación del daño GRÜNHUT, «Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen», *Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichgerichts*, Berlin/Leipzig 1929, 121: «Massgebens für Gewinn oder Verlust ist die objektive Brauchbarkeit der Gegenleistung für die speziellen Bedürfnisse und Zwecke des Getäuschten» (traducción libre: para afirmar la ganancia o la pérdida resulta determinante la objetiva utilidad de la contraprestación para satisfacer las necesidades y fines del engañado). Formulación que

mado según el mercado, se admite que la determinación del daño patrimonial no puede prescindir de la comprobación del «valor de uso» que encierra la contraprestación para quien la recibe, que precisamente la adquiere con esa finalidad de utilidad. El «momento subjetivo» del daño, se asienta como criterio que debe acompañar al cálculo monetario, abriendo la posibilidad de admitir el perjuicio típico cuando la utilidad pretendida quede frustrada. La opción por la teoría objetivo-individual del daño se asume como correctivo inevitable, como único modo de evitar soluciones político-criminalmente insatisfactorias (85).

Así por ejemplo, por tomar un caso típico de «enciclopedias», la sentencia del Tribunal Superior de Colonia en el año 1976, condena a un vendedor a domicilio, representante de una distribuidora de libros, que convenció a varias madres de niños que acudían a una escuela especial, para que compraran determinado material escolar, supuestamente de gran utilidad para que sus hijos pudieran superar el ingreso en la escuela normal (86). Lo que las madres firman en el formulario correspondiente es el encargo de una enciclopedia de ninguna utilidad para los fines pretendidos (87). El tribunal condena por estafa, argumentando que si bien el precio fijado se correspondía con la enciclopedia enviada, la valoración del daño debe tomar en cuenta la utilidad posible del objeto, lo que en el caso enjuiciado se niega por el insuficiente grado cultural de los adquirentes como para disfrutar del uso normal de la enciclopedia. Criterio subjetivo delimitado por lo que «puede exigirse como uso normal» de la contraprestación recibida, aunque no sea la contraprestación pactada. Si la formación cultural de las familias en cuestión hubiera permitido el uso de la enciclopedia, el tribunal habría negado el daño (88).

sintéticamente recoge ya la propia contención de la perspectiva subjetiva: «objetiva» utilidad para las necesidades individuales; MEZGER/BLEI, *Strafrecht, BT*, 9. Auf. München/Berlin 1966, 196, acogiendo textualmente la fórmula de GRÜNHUT; GUTMANN, «Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neuere höchstrichterlichen Rechtsprechung» *MDR* 1963, 82; KOHLRAUSH/LANGE, *StGB*, § 263, Anm. V, 2.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit. 374 s. En la actualidad la asunción de la perspectiva individual es mayoritaria. Cfr. CRAMER, SCH/SCH *StGB*, § 263, Rn. 122-123; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 156-163.

(85) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 156 y 160, pone de relieve las contradicciones conceptuales que implica la asunción de la perspectiva individual del daño, pero reconoce que tal perspectiva es irrenunciable en determinados ámbitos concretos relativos al consumo y a la satisfacción de necesidades en la esfera privada del individuo.

(86) OLG KÖLN, 27-1-1976, (reproducida en la *NJW* 1976, 1222), comentada por JAKOBS, «Die objektive-individuelle Schadensermittlung beim Betrug», *NJW*, 1977, 228 ss.

(87) La problemática del caso es más compleja, dado que el precio inicialmente señalado para los materiales de trabajo se modifica por una cuantía mayor, que será el correspondiente al valor de la enciclopedia que efectivamente reciben; por otro lado puesto que se trataba de pagos en plazos, realmente se trataría de una frustración.

(88) Críticamente JAKOBS, «Die objektive-individuelle...», cit. 229 ss.

La sumisión de todo supuesto de transacción patrimonial a una norma inflexible en función de lo que es prevalente en el tráfico económico supondría ignorar la diversidad real de las utilidades que pueden darse al patrimonio, y sobre todo reducir la titularidad patrimonial a una caricatura, si se niega la presencia del daño en base a que la contraprestación «vale» objetivamente lo mismo que el servicio u objeto que el disponente pretendía obtener, por distinto que sea, o por inútil que resulte para el adquirente engañado sobre la verosimilitud de una contraprestación de las características solicitadas. Es evidente que el «valor económico» se conforma por la utilidad del bien, utilidad derivada de sus propias características, que se actualiza en el momento en que alguien esté interesado precisamente en tales propiedades. Para quien no tiene interés alguno por tales utilidades, o simplemente no quiera o no pueda adquirir el bien en cuestión, porque en sus concretas circunstancias económicas o por otras razones opta preferentemente por otras aplicaciones de su patrimonio, el «precio» de venta al público que expresa el valor económico objetivo, no le «compensa» (89). De acuerdo con sus propios intereses o circunstancias, no se daría «paridad económica», entre la hipotética utilidad de ese bien y la utilidad que le reporta el importe dinerario que tendría que detraer de su patrimonio para adquirirlo, o la utilidad que le reporta otro bien del mismo «precio». Las diferencias de sustancia del objeto patrimonial obtenido conducen a una disminución del potencial global para su titular, ya que cada objeto económico que pertenece al patrimonio de una persona desempeña, como expresa Lackner, una función concreta en el conjunto de bienes de que ella dispone (90).

Puesto que la «utilidad» (rendimiento económico, consumo, valor decorativo...) es determinante del valor de mercado de un bien, la degradación de esa utilidad —superación tecnológica, caducidad de fecha de consumo, desfase de «modas»—, repercutirá en su precio, disminuyendo su «valor de cambio». En definitiva la disminución de demandantes de ese bien, constituye un factor que influye en su valor económico. Desde la perspectiva de quien no demanda ese bien, no es

(89) En relación no ya a la utilidad en sí sino a las características de la contraprestación, de calidad distinta aunque de igual valor económico, aparece frecuentemente citado en manuales y comentarios alemanes el caso de la compra de ropa de lana, concretamente unos pantalones, que el vendedor asegura ser de tal material cuando en realidad se trata de un tejido sintético, ajustándose el precio pagado al valor real de la prenda, supuesto que la doctrina considera caso claro de daño subjetivo encuadrable en la estafa, criticando por ello la resolución que denegó tal calificación (Sentencia del *BGH*, 16, 220, comentada por JAKOBS, «Die objektiv-individuelle...» cit. 229).

(90) LACKNER, *LK*, § 263, Rn 156. Obsérvese que este tipo de manifestaciones coinciden con las premisas del concepto personal de patrimonio, lo que no pasa inadvertido para los representantes de esta orientación. cfr. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970, 81.

de recibo que la equivalencia económica entre el dinero entregado y el bien cuyas propiedades no le interesan, se realice en función de lo que es útil para otras personas. El hecho de que dos objetos —bienes patrimoniales— incorporen un mismo valor de mercado no significa automáticamente que sean económicamente intercambiables, salvo para quien comercia con ellos, en cuyo caso la utilidad que representan es efectivamente su valor como producto en venta, sea un ordenador o una fotocopidora. En cambio, si al adquirente se le entrega un potente ordenador del mismo precio que la fotocopidora encargada, ordenador cuya utilidad no requería, se le ha defraudado (supuesto el engaño previo) en la utilidad; el acto de disposición patrimonial de pago del precio, en principio puede decirse que no queda compensado por la recepción de otro objeto que no le ofrece las prestaciones deseadas.

Afirmar el daño patrimonial cuando se entrega algo de nula o escasa utilidad para el sujeto, es una conclusión tan obligada como cuando se afirma la estafa por defraudación de la calidad del objeto recibido, como señala González Rus al abogar por la necesidad de atender a esta perspectiva individual (91).

La cuestión de fondo que gravita sobre estos problemas se debate en el entendimiento del patrimonio como mero conjunto económico objetivo que corresponde a una persona, o como conjunto económico que sirve a su titular para la satisfacción de sus necesidades o intereses (92). En realidad no se trata de proposiciones incompatibles, sino de dos aspectos de una misma realidad, que puede contemplarse formalmente de manera estática, o desde una perspectiva funcional acudiendo al sentido sustancial que fundamenta la protección jurídica del patrimonio. Lo que resulta absurdo es tratar de prescindir de este segundo aspecto cuando la valoración estrictamente objetiva del daño conduce a resultados incongruentes con el propio fundamento de la protección. Imponer al titular del patrimonio valoraciones externas no coincidentes con sus propias necesidades, utilidades o intereses, supone una instrumentalización del titular y de sus bienes en favor de los intereses del mercado, o como dice Eser, dejar desprotegido al consumidor frente a la astucia de vendedores sin escrúpulos (93). Las vías jurídicas de reclamación civil de perjuicios

(91) GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores...* cit. 301.

(92) KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch...», cit. 409, destaca lo decisivo de esta opción: si se parte de que la protección del patrimonio como bien jurídico presupone que el patrimonio sirve al libre desarrollo de su titular, ¿cómo puede protegerse tal libertad de desarrollo cuando las posibilidades de desarrollo del usuario se imponen en base a la racionalidad del mercado y a la voluntad colectiva? Debe tenerse en cuenta que KINDHÄUSER concibe la estafa como un «delito contra libertad que daña al patrimonio» (398 ss.), concepción con la que pretende superar las dificultades de diferenciación entre engaños relevantes y no relevantes, y otros problemas específicos de la estafa, que se acerca a la orientación personal, pero con singularidades.

(93) TESER, «Die Beeinträchtigung...» cit. 294.

evidentemente siempre quedan disponibles. Pero aquí se trata de determinar si los supuestos citados pueden considerarse valorativamente distintos a los de defraudación sobre el valor económico objetivo de la contraprestación. Desde la perspectiva del afectado difícilmente podrá afirmarse la diferencia.

Desde la perspectiva económica que asuma el valor de uso como elemento de valoración económica, se puede llegar a la misma conclusión (94), si bien con ciertos matices. El daño no puede quedar cifrado en la frustración de la pretensión subjetiva de una utilidad concreta, porque sería volver a lo que propugnaba la concepción jurídica. Lo que se protege no puede ser la obtención de la utilidad específica que el titular pretende, sino el mantenimiento de su potencial económico. Por ello será necesario conjugar el aspecto de la utilidad individual con el criterio económico del saldo global. La teoría objetivo-individual del daño patrimonial intentará combinar ambos aspectos delimitando el alcance del «valor de utilidad» con baremos normativos que hacen referencia a otras utilidades posibles. Delimitación que presupone la existencia real de una contraprestación, esto es una transacción donde se han acordado prestaciones recíprocas, que efectivamente se han producido, pero insatisfactoriamente para la parte que fue víctima del engaño de la otra en cuanto a las características de utilidad.

En las prestaciones gratuitas, la conjugación de ambos aspectos no será posible.

a. *Prestaciones bilaterales. La teoría «objetivo-individual» en la evaluación del daño*

Según la teoría objetivo-individual, para determinar la concurrencia del daño patrimonial es necesario tomar en cuenta dos niveles de valoración. En primer lugar el equilibrio económico objetivo de las prestaciones, ya que la ausencia de paridad permite ya afirmar el daño. En segundo lugar, la valoración se realiza atendiendo a las características de la prestación obtenida en cuanto a su valor de utilidad, comparando la utilidad pretendida por el disponente de acuerdo con las características de la transacción, y la utilidad real que ofrece el objeto o bien incorporado como contraprestación: caso de escasa o nula utilidad individual, podrá afirmarse el daño patrimonial pese a la equivalencia económica objetiva (95).

(94) SCHMOLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...» *cit.* 109 ss., insiste extensamente en esta compatibilidad, en la línea de argumentación expuesta.

(95) CRAMER, *Vermögensschaden*, *cit.* 181 ss.; GUTMANN, «Der Vermögensschaden...» *cit.*, 93; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 156; LENCKNER, «Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers», *MDR* 1961, 653; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.* 436; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 14.

La sencillez del cálculo de los dos niveles es sólo aparente, ya que requiere una previa clarificación de qué se entiende por valor de utilidad, y con qué parámetros se establece la ausencia o escasez de utilidad. El reconocimiento de que el daño patrimonial no puede fijarse ignorando la utilidad de la prestación para el afectado (96), no implica dar a éste la última palabra para determinar la presencia del daño típico. El carácter patrimonial de la estafa impide acoger los ataques a la libertad de disposición que no vayan acompañados de una real disminución económica, por ello se insiste en que no es suficiente la idoneidad del engaño para motivar el acto de disposición, que en sí mismo no sobrepasa todavía el estadio del menoscabo de la libertad de contratación. La constatación de que el afectado no hubiera dispuesto de esa forma de conocer la realidad, no dice nada sobre el daño patrimonial (97); la percepción subjetiva es irrelevante si no puede reconducirse a parámetros objetivos, por lo que no es suficiente que el afectado «se sienta» perjudicado (98). La propia jurisprudencia alemana construirá una serie de criterios de normativización en el intento de circunscribir el daño individual a parámetros objetivables. Por de pronto se excluyen del elenco de intereses o utilidades atendibles los intereses de afección decepcionados ante la divergencia de características de la contraprestación respecto a lo esperado, que no merman la utilidad objetiva, u otros aspectos de cariz inmaterial o afectivo que hubieran motivado el acto de disposición (99).

El daño individual debe provenir de las características de la contraprestación que la conviertan en desventajosa «patrimonialmente» para la víctima, pero según el juicio de un tercero imparcial. La reconducción objetiva de las utilidades individuales se realiza mediante una serie de criterios normativos que, fundamentalmente la jurisprudencia alemana, —aun cuando no puede hablarse de una línea uniforme— ha venido elaborando a través de la casuística de los problemas que se les presentaban. Básicamente se trata de tres criterios complementarios, que fijan la valoración del daño en base a: a) la utilidad contractual-

(96) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT cit.*, 436: «Derpersönliche Einschlag darf nicht ausser Betracht gelassen werden; was ein Vermögensschaden ist, lässt sich nicht immer ohne Berücksichtigung der individuelle Verhältnisse des Geschädigten feststellen»: la proyección individual no puede dejar de tomarse en cuenta; para precisar qué es un daño patrimonial no siempre puede prescindirse de la consideración de las circunstancias individuales del perjudicado.

(97) Afirmación compartida igualmente desde las posturas partidarias de máxima individualización, como MAIWALD, «Belohnung für eine vorgetäuschte pflichtwidrige Diensthandlung», *NJW* 1981, 2780.

(98) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT cit.*, 436.

(99) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 162, salvo que se trate de valores artísticos o susceptibles de valoración económica en cuanto pertenencia a una colección, o similar.

mente prevista expresamente, o implícita en la transacción correspondiente (100); b) la merma o carencia de valor de uso de la contraprestación, estimada de acuerdo con lo que puede considerarse útil para una persona económicamente razonable situada en el lugar del afectado (101); c) la imposibilidad de otro uso razonablemente exigible para el afectado (*nicht in anderer zumutbarer Weise zu verwenden*) (102).

El recurso a estas correcciones normativas rebaja considerablemente el nivel de individualización en la contemplación del daño patrimonial, en beneficio de una mayor seguridad jurídica. Aunque tales criterios no resultan satisfactorios en todo caso, desde las premisas económicas, como señala Lackner, hay que resignarse a estas limitaciones, a fin de evitar el riesgo de sustituir el sólido firme de la valoración objetiva por la arbitrariedad de la voluntad del afectado (103). Lo que importa, dirá Welzel, no es que el sujeto «quiera» utilizar la contraprestación, sino que «pueda» utilizarla (104). Las críticas de la doctrina reprochan particularmente la inadecuación de esa reconducción al «tercero imparcial» para el ámbito de las operaciones regidas por las preferencias individuales en el consumo privado (105). La referencia al patrón de la utilidad para una tercera persona en el mismo contexto, o la exigibilidad de otro uso posible desembocan en una imposición valorativa sobre cómo puede disfrutarse del propio patrimonio. Aquí vuelve a proyectarse la contradicción entre los parámetros objetivos y el momento subjetivo del daño. Si, en el ejemplo antes citado, el ordenador entregado en lugar de la fotocopidora encargada puede ser de utilidad para el comerciante, se entenderá que no hay daño patrimonial, pese a que éste se vea obligado a detraer nuevas partidas de sus bienes para obtener por fin el objeto pretendido.

No obstante la delimitación normativa en base al criterio de «exigibilidad de otra posible utilización», cobra especial significación si se entiende que incluye la posibilidad objetiva de transformación o reventa del bien recibido recuperando el valor patrimonial correspondiente, y por tanto la capacidad económica anterior al acto de disposición (106). De tal manera, como propugna Schmöller, se posibilita sustituir la imposición del «valor de uso» según pautas de un tercero, aun contra la voluntad del afectado, por el valor real monetario que ese bien todavía puede ofrecer al sujeto (107). Sin embargo para negar el daño sería ne-

(100) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157.

(101) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT cit.*, 437.

(102) Con referencias jurisprudenciales, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157 y 200.

(103) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 159.

(104) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, cit.*, 375.

(105) Cfr. por todos JAKOBS, «Die objektive-individuelle...» *cit.*, 230 s.

(106) Incluye las posibilidades de reventa o sustitución dentro de este criterio, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157.

(107) SCHÖLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...» *cit.*, 107 s., 110, n.º 68.

cesario que la contraprestación en cuestión fuera susceptible de reventa o transformación en dinero o en otro bien del mismo valor económico que la prestación inicial realizada por la víctima del engaño (108).

Si la contraprestación recibida, de valor objetivo equivalente a lo pagado, no puede realizarse económicamente, por no ser posible su reventa o transformación, es decir es totalmente inservible para la víctima, el daño aparece en la propia dimensión del valor objetivo que representa. Conclusión que se reconoce desde posiciones que rechazan la teoría objetiva-individual del daño, si bien limitada a los casos extremos de imposibilidad de cualquier utilidad, como ejemplifica en nuestra doctrina Valle, aludiendo al caso del esquimal que recibe un frigorífico que no tiene aplicabilidad ninguna ni posibilidad de recolocación, en su contexto social y geográfico (109).

En los casos en que el objeto recibido —distinto al pretendido— admite una realización económica, pero ésta implique una pérdida de valor respecto a lo pagado en la primera transacción, el daño patrimonial queda cuantificado en esa diferencia entre el valor de adquisición —en la transacción engañosa— y el precio obtenido en la reventa. Según da cuenta Schmöller, la jurisprudencia austríaca acude desde hace décadas a este criterio para determinar la cuantía del daño en casos de divergencia de las cualidades de uso de la contraprestación (110). La jurisprudencia alemana en cambio acude preferentemente al baremo de

(108) La posibilidad de esa transformación debe ser valorada objetivamente «ex ante» de acuerdo con las características del bien y de las circunstancias del mercado, a efectos de la valoración de la equivalencia de las prestaciones. El dolo del autor deberá abarcar el conocimiento del déficit de equivalencia económica, que implica la conciencia de la falta de utilidad de transformación del bien, o de la imposibilidad de una transformación en dinero u otro objeto de valor monetario equivalente a lo entregado por el disponente afectado por el engaño.

(109) VALLE, *El delito de estafa*, cit. 250, sitúa este ejemplo como exponente de casos excepcionales en los que la paridad económica objetiva es solo «aparente», por esa total carencia de posibilidades de realización económica, por lo que a su juicio constituye un supuesto de falta de equivalencia objetiva entre las contraprestaciones. La pregunta que surge de inmediato es ¿qué ocurriría si el frigorífico puede revenderse pero a menor precio? En la argumentación de VALLE la pérdida correspondiente constituye un perjuicio indemnizable en vía civil, pero no lesión patrimonial típica de la estafa.

(110) Cfr. SCHMOLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...» cit. 105 ss., con referencias a resoluciones que parten de finales de los años 50, en alguna de las cuales textualmente se manifiesta que «la cuestión del daño patrimonial debe enjuiciarse... no objetivamente, ... sino subjetivamente según los intereses del engañado, lo cual significa que lo decisivo es si el gasto realizado por el engañado ha resultado, subjetivamente para él, provechoso o inútil». La doctrina austríaca asume también mayoritariamente la perspectiva subjetiva en la valoración del daño, considerándola compatible con el concepto jurídico económico de patrimonio (Cfr. *Ibidem*, 107, las referencias bibliográficas de la doctrina de aquel país).

«cualquier otra utilidad exigible», por diferente que sea del fin primario pretendido por el afectado (111).

La utilización de los criterios anteriores por la jurisprudencia no es homogénea en los contenidos, ni constante en su aplicación. En ocasiones la atención a los intereses individuales ha llegado bastante más lejos, tomando en cuenta la carga económica derivada de una transacción cuya utilidad y justiprecio no se objeta, pero que conduce al disponente a una presión financiera intensa o a condiciones de precariedad para poder satisfacer sus necesidades básicas (112). Criticada por la doctrina, no solo por tratarse de un perjuicio mediato, es decir no derivado de las características de la contraprestación recibida, sino porque no podía afirmarse en tal caso que el afectado desconociera o hubiera sido engañado sobre los efectos colaterales de su decisión (113). En este tipo de resoluciones, de hecho se toma en cuenta no ya el valor de uso de la contraprestación, sino el menoscabo de la libertad de actuación económica, derivado de una transacción lastrada de cargas financieras.

El criterio de «valor de uso» tampoco es utilizable en supuestos en los que se contrata para obtener una determinada prestación, como por ejemplo el pago de un rescate para salvar a una persona secuestrada, la recompensa por una acción salvadora (114), la devolución de un objeto, el pago de un dinero para obtener la distribución de droga, u otros supuestos de prestaciones prohibidas (115). Aquí habrá que atender al

(111) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit. 151.

(112) La atención a los efectos financieros de la prestación como criterio para medir la «equivalencia» arranca de antiguas sentencias del Reichsgericht, criterio que en la resolución del famoso caso de las máquinas ordeñadoras (*Melkmaschine Fälle* BGH 16, 321, sentencia de 16-8-1961) comienza a delimitarse con pautas normativas. Cfr. SCHROEDER, «Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug» *NJW* 1962, 721 s.; ESER «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugschaden» *GA* 1962, 291 ss.; MORHBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug» *GA* 1975; El supuesto trata de 4 casos de venta de máquinas ordeñadoras, en tres de los cuales los adquirentes decidieron la compra animados por la manifestación de que se trataba de un precio especialmente ventajoso, cuya oportunidad no volvería a repetirse, lo que les llevó a embarcarse en dificultades financieras. En el cuarto caso la máquina no era utilizable de lleno para el fin previsto, ya que no era adaptable para ordeñar al mismo tiempo el número de vacas sobre el que se había hecho el cálculo en la compra, por lo que se admite el daño en base al déficit del valor de uso.

(113) MORHBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug» *GA* 1975, 43 s.; ESER, «Die Beeinträchtigung...» cit. 90 s.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn 160; SCHROEDER, «Grenzen...» cit. 721 s.; 43 ss.; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit. 151; JAKOBS «Die objektive-individuell...» cit. 230.

(114) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 174.

(115) Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 174 y Rn. 242, sobre las particularidades de posibilidad de aceptación de estos supuestos dentro de la estafa. Mayoritariamente se admite cuando se entrega un bien patrimonial, dinero, a cambio de una prestación ilícita que supuestamente el aceptante está dispuesto a realizar; la pérdida de esa cantidad puede asimilarse a una donación, puesto que la contrapartida no admite valoración econó-

«fin» pretendido, que «cuesta» ese precio. Una vez admitida la dimensión individual del daño, la valoración no puede detenerse en el mero valor de utilización, sino que atendiendo a las características de cada transacción en que se dispongan de bienes patrimoniales, habrá que adaptar el criterio individualizador de acuerdo con el significado material de la contraprestación (116). Significado que no se agota en el valor monetario sino que trasciende al interés o fin que el disponente pretende satisfacer.

La emergencia del expediente objetivo-individual dentro de la propia concepción económica del patrimonio, descubre la imposibilidad de constreñir lo económico en los límites de parámetros estrictamente objetivos. La admisión de la proyección individual del daño conecta con la fundamental función del patrimonio de la que se deriva su carácter de bien jurídico: su función como instrumento de actuación del titular que le posibilita el ejercicio de opciones individuales en la satisfacción de necesidades o consecución de objetivos de acuerdo con sus intereses. La contemplación del patrimonio como suma de valor económico, acoge únicamente la dimensión estática de los bienes, perspectiva insuficiente para expresar las posibles divergencias de valor de cada bien singular para los distintos sujetos económicos.

b. *Prestaciones unilaterales. El criterio de la frustración del fin*

La estimación objetivo-individual del daño tiene su campo de aplicación en las prestaciones bilaterales económicamente equivalentes, como correctivo excepcional del cómputo monetario abstracto, que atiende al valor de uso o aprovechamiento de la contraprestación. Cuando el objetivo pretendido con la adquisición o transacción no consiste en la obtención de una utilidad para el disponente (para la persona física, o para la persona jurídica en su caso), sino la obtención de un fin económico o social para terceras personas, los criterios anteriores son insuficientes.

Concretamente en los supuestos de **prestaciones unilaterales**, caracterizadas por la gratuidad, se requieren ulteriores matizaciones para la determinación del daño. El desprendimiento gratuito de un bien patri-

mica de acuerdo con los parámetros jurídicos, ni puede jurídicamente exigirse. Estaríamos en un ámbito similar al de las prestaciones unilaterales, y la determinación del daño descansaría en la frustración del fin pretendido (independientemente de la conformidad de ese fin con el ordenamiento jurídico).

(116) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, 438, (en palabras de MAIWALD, actualizador de la 7.^a edición) la teoría de la frustración del fin no es sino un desarrollo consecuente de la corriente de individualización del daño.

monial objetivamente constituye un empobrecimiento económico, por lo que de concurrir los demás elementos típicos de la estafa, a primera vista podría afirmarse también el resultado perjudicial. Pero como viene repitiéndose a lo largo de este trabajo, la cuestión reside en determinar si el sentido de protección de la estafa se extiende también a las disposiciones voluntarias donde el engaño no recae sobre la consiguiente merma económica, sino sobre los motivos de la disposición o sobre las finalidades pretendidas con la misma. Desde una perspectiva inspirada en la racionalidad del «homo oeconomicus», como lo es la concepción económica (y la jurídico-económica), las prestaciones gratuitas no responden al presupuesto fáctico sobre el que se construye dogmáticamente la estafa, relación sinalagmática con expectativa de reciprocidad económica, frustrada para una de las partes por el engaño previo de quien oculta su intención de incumplimiento. El daño, por definición —definición de lo que es regla general en la estafa— nunca es querido por el disponente víctima de engaño. Quien voluntariamente se desprende de parte de sus bienes no requeriría protección jurídica que le defiende frente a tal merma voluntaria (117).

Sin embargo, la cuestión no es tan clara. La interpretación del sentido político-criminal de la estafa no es unívoca en cuanto que sólo acoga las relaciones de pretensión sinalagmática. Una amplia protección del patrimonio implicaría atender a todo empobrecimiento generado mediante conducta engañosa de quien pretende enriquecerse a costa de otro. La jurisprudencia alemana así lo entendió tempranamente (118).

(117) Como abogaba FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit. VI. 1^a., apelando a que el donante es consciente de su pérdida patrimonial, lo cual sabe bien el hipotético mendigo. En la actualidad, ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung...» cit. 166, vuelve a cuestionar la necesidad político-criminal de incluir estos supuestos en la estafa, dada la menor peligrosidad para el patrimonio del disponente que no es engañado sobre la pérdida económica, sino que consiente en ella; nadie entrega por liberalidad medios necesarios para su subsistencia, lo que implica menor necesidad de protección. No obstante, reconoce que la cuestión queda abierta, y que tanto la solución de impunidad como la de inclusión bajo el tipo de la estafa serían político-criminalmente correctas.

Desde la perspectiva de las posibilidades de autoprotección de la víctima, cuestiona la «necesidad de protección penal» en caso de conciencia del autoperjuicio, con diversos matices, HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtrumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, 141.

(118) Claramente en relación a la simulación de condiciones para la obtención de créditos subvencionados y ayudas públicas en general: Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung... cit.* 15 s.; No obstante pronto se evidenciaron los problemas del tipo de la estafa común para atender a las singularidades de la estafa de subvenciones, en particular por las dificultades de prueba sobre el dolo de los solicitantes de las ayudas. Cfr. al respecto, sobre los programas de subvenciones económicas en la postguerra TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, 47 ss.

En la actualidad la doctrina de aquel país se pronuncia mayoritariamente (119) en el mismo sentido, asumiendo progresivamente, con mayor o menor convencimiento (120), la teoría de la frustración del fin (121) como expediente para dar solución a estos casos.

No obstante, la inclusión de las prestaciones gratuitas en el ámbito de la estafa, se enfrenta a dificultades cuya superación pasa por ciertas concesiones a criterios externos a la lógica económica estricta, y que en definitiva desembocan en la contemplación de las finalidades del disponente. Tales dificultades se proyectan de distinta forma según la posición que se mantenga sobre el requisito del desconocimiento del autoperjuicio derivado del acto de disposición, que la mayoría de la doctrina reclama como exigencia implícita del tipo de la estafa. La relevancia de este requisito en el ámbito de las prestaciones gratuitas y en relación a la teoría de la frustración del fin, obligan a un análisis específico de la citada exigencia.

a'. La disminución patrimonial consentida. Problemática en relación al requisito de «desconocimiento del autoperjuicio»

La relación funcional entre los elementos típicos que configuran el delito de estafa, superado un entendimiento basado en la suficiencia de la concatenación causal, conduce a delimitar el engaño relevante desde su idoneidad para ocultar al disponente el perjuicio patrimonial. La exigencia de imputación objetiva del resultado a la conducta del autor, requiere la idoneidad del engaño para generar el peligro de la lesión patrimonial, y que efectivamente el resultado acontecido constituya una materialización de ese peligro, y no consecuencia de otra causa distinta como la propia voluntad de autoperjuicio. La dogmática alemana, mayoritariamente (122), expresa esta necesaria relación a través del requi-

(119) En contra únicamente ARTZ, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 3, Vermögensdelikte*, Bielefeld 1978, 165, considera que no puede apreciarse engaño relevante allí donde el disponente es consciente de la merma patrimonial.

(120) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 156-163, tras afirmar que la actual construcción dogmática del daño patrimonial es insatisfactoria, pone de relieve las contradicciones de la admisión de una perspectiva individual, y más aún de la teoría de la frustración del fin, en el marco del concepto jurídico económico de patrimonio; sin embargo acaba admitiendo la teoría de la frustración del fin restringida a las prestaciones económicamente no equivalentes, siempre que se combine con la exigencia del unbewusste Selbstschädigung (Rn. 163).

(121) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 166-167.

(122) Sobre la exigencia del requisito unbewusste Selbstschädigung, como expresión de la «relación funcional» entre los elementos típicos desde el sentido de protección de la estafa, GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 435; CRAMER, *Vermögensbegriff... cit.*, 202 ss.; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.* 55 ss.; HERZBERG, «Bewus-

sito del «autodaño no consciente», como exigencia del tipo de interpretación, restricción teleológica que dota de sentido la relevancia del engaño en la dinámica típica. No es la mentira lo que se castiga, sino la mentira dotada de capacidad para ocultar el perjuicio consiguiente al acto de disposición del engañado.

Con la caracterización de la estafa como delito de autodaño inconsciente, se pone de manifiesto uno de los rasgos que necesariamente concurren en toda estafa que verse sobre una relación con pretensiones de reciprocidad económica. Por ello, en la mayoría de los supuestos no presenta problemas su constatación, porque se deriva de la propia dinámica de la conducta engañosa. En las prestaciones unilaterales, el carácter consciente de la disminución económica, debería conducir a negar la tipicidad de la estafa, salvo que se matice que el daño patrimonial es algo más o algo distinto de la merma económica.

El sector doctrinal que rechaza tal exigencia de «desconocimiento del autoperjuicio» (123), no debiera encontrar en principio dificultades para afirmar el daño patrimonial en la entrega gratuita motivada por la falsa representación inducida por el hipotético beneficiario. Si se considera suficiente la conexión entre el engaño, el acto de disposición y el consiguiente empobrecimiento de la víctima, sin más restricciones, es evidente que tales elementos concurren.

Pero en tal caso, la punición por estafa puede alcanzar a cualquier conducta engañosa que de algún modo, por extravagante que sea, afecte la libertad de disposición de quien efectúa una entrega gratuita. Ilustrativa al respecto es la conocida sentencia dictada en el año 1952 por el Tribunal Superior de Baviera condenando a un recaudador de donativos para la Cruz Roja que obtuvo una «generosa» aportación económica de

ste Selbstschädigung beim Betrug», *MDR* 1972, 95 ss., fundamentándolo en el criterio de la «adecuación social»; LACKNER, *LK*, § 263, Rn 172-173, restringiéndolo a prestaciones unilaterales; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT. cit.* 407; MOHR-BOTTER, «Der Bettel, Spenden und Subventionserschleichungsbetrug. Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff», *GA* 1969, 225; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 158 y 163; RUDOLPHI, «Das Problem der sozialen Zweckverfehlung beim Betrug», *Festschrift für U. Klug, Köln*, 1983, 315; SCHRÖDER, «Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug» *NJW* 1962, 721; WEIDEMANN, «Die funktionale Beziehung zwischen Irrtum und Schaden», *GA* 1967, 238 ss.

BINDING, *Lehrbuch, cit.* 352, destacaba ya que el error debía dirigirse a ocultar el daño patrimonial, aludiendo a la relación causal entre ambos elementos. Si bien debe recordarse que dado su concepto de daño como lesión jurídica y no económica, el desconocimiento aludido se proyecta sobre la irrealidad de la contraprestación —material o inmaterial— pretendida por el disponente.

(123) Así, BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil -1, Vermögensdelikte*, 2. Auf. München, 1982, 71 s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2. Auf, Tübingen, 1983, 118; WESSELS, *Strafrecht, Besonderer Teil -2*, 127. ELLSCHEID, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung...» *cit.* 164 s.

quien luego le denunció, haciéndole creer que su vecino había contribuido previamente con una importante cantidad. Pese a tratarse de una cuestión real para la citada institución a la que se entregó lo recaudado, el Tribunal consideró relevante aquel engaño para condenar por estafa, dado que se trataba de entregas de dinero que suponían disminución patrimonial para los donantes y, por lo tanto, perjuicio patrimonial (124). El hecho de que el engañado conociera claramente que se trataba de una donación y, por tanto, que se desprendía de una cuantía dineraria sin pretensión de contraprestación económica, fue estimado indiferente para la afirmación del perjuicio (125).

Con razón esta sentencia fue objeto de numerosas críticas (126), pasando a convertirse en el clásico ejemplo de referencia en el tratamiento de la problemática de las prestaciones unilaterales. La relevancia otorgada a los meros «intereses de afección», el interés de emular al vecino, es consecuencia del entendimiento de la estafa como un agregado de elementos típicos cuya concatenación causal es suficiente para dar vida al delito. La acogida en el marco de la estafa de engaños que se proyectan sobre aspectos «emocionales» aboca a la punición de cualquier mentira sobre extremos ajenos a lo que pueda considerarse perjuicio patrimonial. Para evitar tales indeseables consecuencias, la doctrina acudirá a la diferenciación entre motivos relevantes y no relevantes, en función de la finalidad social objetivamente reconocible en el carácter de la disposición patrimonial (127). En definitiva se acude al criterio de la «frustración del fin» para resolver la tipicidad de las defraudaciones de prestaciones unilaterales.

Desde las posiciones que consideran la estafa como un delito de «autodaño no consciente» el caso aludido de las donaciones a la Cruz Roja se hubiera resuelto satisfactoriamente, excluyendo la tipicidad por tratarse de un perjuicio «consciente». Pero también tendrían que negar la estafa cuando el engaño recae sobre el destino de esa supuesta donación. De ser falso el motivo de la colecta, y, por lo tanto, un puro mon-

(124) BAYOG 1952, *NJW* 1952, 798.

(125) La jurisprudencia alemana tradicionalmente ha prescindido de la exigencia del «desconocimiento del autoperjuicio», con alguna excepción del Reichsgericht, respecto a los supuestos de contratación de prestaciones prohibidas, argumentando en tales casos que quien realiza una entrega sabiendo que es imposible exigir la contraprestación se autodaña conscientemente, por lo que el error sobre la realización de lo acordado no puede considerarse verdadera causa del daño. Cfr. sobre la evolución jurisprudencial ELLScheid, «Das Problem der bewussten Selbstschädigung...» *cit.*, 161 s.

(126) CRAMER, SCHÖNKE-SCHÖDER, *StGB Kommentar*, § 263, Rdn. 102; GERHOLD, *Zweckverfehlung*, 54; HACK, *Subventionsbetrug*, 49; LACKNER, *StGB*, § 263, Rdn. VII, 2.^a; MOHRBOTTER, *Bettel-Spenden*, 226 y 229; OTTO, *Vermögensbegriff*, 59; RUDOLPHI, *Spendenbetrug*, 320 s.; SAMSON, *SK*, § 263, Rdn. 157; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, *cit.* 375; WESSELS, *BT*, 133.

(127) WESSELS, *Strafrecht*, *BT*, *cit.*, 127.

taje para beneficio del timador, el carácter consciente del perjuicio no variaría, puesto que la víctima había consentido de antemano en esa disminución patrimonial. Solución que tampoco satisface y que los propios defensores de la exigencia de «daño inconsciente» rechazan, manteniendo que el sentido de la protección que brinda el precepto abarca estos supuestos (128). La apelación a razones de justicia material para incluir en la estafa las prestaciones unilaterales, evitando lagunas de punición en supuestos considerados materialmente idénticos a la estafa común, conducirá a situar el daño en otro lugar, concretamente en la frustración del fin social o económico pretendido por el donante, fin objetivamente diferenciable de los meros intereses de afección. El desconocimiento de la frustración del fin pretendido permite así afirmar el carácter inconsciente del perjuicio, y la concurrencia de los demás elementos de la estafa.

El recurso al expediente del «fin social» pretendido, no deja de ser problemático y metodológicamente incongruente dentro de la concepción económica del daño patrimonial. La premisa de que la estafa no protege los ataques a la mera libertad de disposición queda en entredicho (129). Si el daño patrimonial reside en el detrimento económico, en las prestaciones gratuitas el resultado típico de la estafa se convierte en superfluo (130). La conducta típica se reduce al despliegue del engaño, aunque éste se delimite en atención a los fines perseguidos por el disponente que se consideren socialmente relevantes. La prohibición que vehicula la estafa no puede residir en que las donaciones no produzcan una merma económica objetiva en el patrimonio de la víctima, sino en algo distinto. Desde un entendimiento de lo económico en parámetros exclusivamente monetarios de saldo contable negativo, no puede obtenerse una solución satisfactoria.

b'. La frustración del fin social

Independientemente del reconocimiento de la exigencia de «auto-daño inconsciente» como requisito de la estafa, como se ha visto, existe acuerdo en considerar improcedente la solución de impunidad para la obtención engañosa de prestaciones gratuitas (131). Gallas, y detrás de él la mayoría de la doctrina, cifran en la frustración del fin social preten-

(128) GALLAS, *Betrug*, cit., 435 s.

(129) Críticamente, ELSSCHEID, «Das Problem der bewussten ... », cit., 167: con esta teoría de la frustración del fin, se recupera con una mano lo que con la otra se rechaza, resucitando la relevancia del error en los motivos, pese a su teórico rechazo.

(130) TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, cit., 309.

(131) En la actualidad únicamente ARTZ, *Strafrecht, BT*, cit., 165 mantiene la solución de impunidad.

dido por el disponente el carácter dañoso de la disposición (132). Una vez admitido el correctivo individualizador del valor de utilidad en las prestaciones de paridad económica, lógicamente la perspectiva individualizadora en la evaluación del daño será igualmente relevante allí donde por definición concurre un empobrecimiento económico. En las prestaciones gratuitas la satisfacción u obtención del fin social pretendido impide considerar que el donante haya sufrido un «perjuicio» pese a la merma dineraria. Y *sensu contrario*, la frustración del interés o fin social pretendido permitiría afirmar el resultado perjudicial, obteniendo así una solución conforme a los dictados de la justicia material (133). No obstante, en ambos casos, si nos atenemos al principio del daño patrimonial como saldo económico negativo, objetivamente existe daño. La contemplación de este resultado desde la óptica económica revela su insuficiencia para captar el significado valioso o desventajoso de una disposición de bienes, cuando el interés que anima la decisión individual no coincide con la lógica común del tráfico económico. El sentido o finalidad que la persona concreta proyecta sobre su acto de disposición, revela la ineludible dimensión subjetiva en la valoración del perjuicio.

A través de la teoría objetivo-individual la dimensión subjetiva penetra como excepción en el cálculo del daño en las prestaciones bilaterales, en combinación con criterios objetivos (valoración del mantenimiento o disminución del potencial económico en caso de posible reventa o transformación de utilidad). En las prestaciones unilaterales, la disminución económica viene dada como presupuesto de la gratuidad, por lo que no sirve para delimitar la relevancia del componente subjetivo.

De forma paralela a la valoración de la teoría objetivo-individual, la doctrina intenta incluir el valor de utilidad como elemento del daño patrimonial. La prestación gratuita no se dirige a obtener una contraprestación de «utilidad» personal, pero sí otra «utilidad» que se dirige de hecho a otro lugar (134), o hacia otro destinatario, sea una persona económicamente necesitada, un club de fútbol, una institución cultural, un partido político, una empresa en crisis. Esa utilidad para terceros es lo que constituye el «fin social o político» que anima la decisión del disponente. Cuando la prestación gratuita se obtiene simulando aquel supuesto destino de la misma, con el ánimo de enriquecerse, queda frustrado el sentido de utilidad prevista según los fines pretendidos, y entonces el empobrecimiento cobra su significado de merma económica

(132) Cfr. GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 435; CRAMER, *Vermögensbegriff*, *cit.*, 211 ss.; KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetze*, 43. Auf. Berlin, 1961, Vol. II, § 263; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.* 376; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, *cit.* 376.

(133) GALLAS, «Der Betrug...» *cit.* 435 s.

(134) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170.

perjudicial. En tales casos, se alega, puede afirmarse que el donante «ha tirado el dinero por la ventana» (135), sin ningún sentido económicamente razonable (136). Los criterios para delimitar qué finalidades o utilidades pretendidas por el sujeto son relevantes en el marco de la estafa, tienen que operar en el propio nivel del componente individual del daño, porque, como se ha apuntado, el dato objetivo no sirve como restricción dado que siempre concurre. Por ello la «teoría de la frustración del fin», que expondremos con más detalle posteriormente (*infra* III), tiene que dar respuesta tanto a la justificación de la relevancia de los fines, como a la demarcación de sus límites de aplicación.

Desde las posiciones que cifran el daño patrimonial en la frustración del fin, puede confirmarse la relación funcional entre el engaño y el perjuicio. Concurrirá «autodaño inconsciente» cuando el disponente no pudo conocer que el fin o destino pretendido con la entrega patrimonial quedaría frustrado (137).

Desde las posiciones que consideran suficiente que el engaño motive o desencadene la disposición —y rechazan que además deba necesariamente ocultar el efecto dañoso— no es necesario acudir a la frustración del fin para afirmar el daño patrimonial. El daño concurre por el empobrecimiento derivado de la disposición gratuita obtenida engañosamente. Pero, como se expuso anteriormente, recurren a la teoría de la frustración del fin para discriminar los engaños relevantes de los engaños sobre motivaciones colaterales —motivos fútiles intrascendentes, pretensión de ostentación, como en el caso de la donación a la Cruz Roja antes aludido— que no inciden en la obtención del fin social objetivable que se reconoce en la prestación (138). La teoría de la frustración del fin aparece desde esta perspectiva como un criterio de restricción de los engaños relevantes (139). Únicamente la simulación sobre la verosimilitud de la obtención del fin social pretendido constituye engaño idóneo para afirmar la tipicidad de la estafa (140).

Como puede comprobarse, la asunción del criterio de la «frustración del fin» no excluye las divergencias sobre su significación dogmá-

(135) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, cit. 438.

(136) GALLAS, «Der Betrug...», cit., 435; KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, Vor. § 263, Anm. II; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 376.

(137) GALLAS, «Der Betrug...» cit. 435, n.º 86; CRAMER, *Vermögensbegriff.. cit.*, 296; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, 438; RUDOLPHI, «Das Problem der Zweckverfehlung...» cit., 315.

(138) Así, WESSELS, *Strafrecht, BT-2*, cit., 127 y 132.

(139) GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 21.

(140) La jurisprudencia alemana rechaza la exigencia del **unbewuste Selbstschädigung**, y por ello también la necesidad de acudir al criterio de la frustración del fin. Lo cual sin embargo no excluye que acuda a la teoría del fin social y de su frustración para diferenciar entre engaños relevantes y no relevantes, particularmente en materia de fraude de subvenciones; Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 20 s.

tica (141). No obstante, y pese a las críticas que denuncian el deslizamiento hacia la protección de la libertad de disposición (142), su aceptación gana terreno (143), paralelamente a los esfuerzos por lograr una mayor claridad en la explicación de su justificación dogmática y en la fijación de los límites de su operatividad (144).

El criterio de la frustración del fin encuentra su campo de aplicación específico en las prestaciones unilaterales (145), y en las transacciones parcialmente onerosas, que acogen un componente de gratuidad (146), —compra a precio superior del real de objetos artesanos para apoyar a minusválidos..., subvenciones en los precios de terrenos para instalación de una determinada clase de explotación...etc— donde el **saldo negativo** o desequilibrio de contraprestaciones se compensa por el destino social o político-económico pretendido (147).

Respecto a las negociaciones económicamente equilibradas donde además confluye una determinada finalidad social o de política económica, la aplicabilidad de la teoría de la frustración del fin es objeto de mayor discusión, predominando el rechazo a su extensión más allá de las prestaciones gratuitas (148). En estos supuestos entrarían casos co-

(141) Véase *infra*, III, 1.

(142) ARTZ, *Strafrecht, BT*, LH 3, Vermögensdelikte (Kempererich) 2. Auf. Bielefeld 1986, 187; ELLSCHEID, «Das Problem der bewusste Selbstschädigung...» *cit.*, 168; MAURACH, «Die strafrechtliche Beurteilung des unberechtigten Erwerbs von Volkswagenaktien», *NJW*, 1961, 628 s.; y TIEDEMANN, «Der Subventionsbetrug», *ZStW* 1974, 908 s. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1972, 375 n.º 113, manifiesta su recelo ante la extensión de la estafa mediante criterios imprecisos como el del «sentido de la contraprestación» según el fin pretendido, si bien renuncia a entrar en la discusión sobre su legitimidad.

(143) Debe hacerse notar la modificación que aparece en la séptima edición de la obra de MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.* 438, donde se avisa del cambio de postura —lógicamente debido a MAIWALD—, en cuanto a la aceptación de la teoría de la frustración del fin, rechazada en las ediciones anteriores.

(144) Las dos monografías relativamente recientes (ambas de 1988) sobre este tema, dan cuenta, y a la vez son exponente de tales esfuerzos: HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, *cit.*, optando por la concepción personal del patrimonio; GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, *cit.*, desde el concepto jurídico-económico de patrimonio, y rechazando la exigencia de desconocimiento del autodaño.

(145) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 154; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177.

(146) Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung*, *cit.*, 17; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 165.

(147) En caso de frustración del fin social, lógicamente la cuantía del daño quedaría cifrada en esa diferencia entre el valor real y el plus pagado en aras a aquellos objetivos que se quieren «subvencionar».

(148) Rechazan esta extensión, GERHOLD, *Zweckverfehlung... cit.*, 68 ss.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 162; WESSELS, *Strafrecht, BT*, *cit.*, 133. Por el contrario, en MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, 438, MAIWALD se pronuncia a favor de la ampliación de la frustración del fin en estos casos. Asimismo atienden a la frustración del fin para fundamentar el daño patrimonial en las transacciones de paridad econó-

mo el de compra de material de oficina por un determinado Ministerio, que condicionó la adquisición a que los materiales procedieran de empresas radicadas en determinada zona económicamente deprimida, obteniendo el contrato una empresa que falseó su procedencia (149); o los casos de suscripciones a revistas, al precio correcto de mercado, bajo la suposición inducida por el vendedor de que las ganancias se destinan a un determinado fin social (150).

En apoyo de la inaplicabilidad de la frustración del fin a las transacciones onerosas acude Samson a una interpretación sistemática de la estafa en relación con el fraude de subvenciones del § 264 del c.p. alemán. La mayoría de la doctrina considera que el § 264 implica un adelanto de la protección del patrimonio (público) al constituirse como tipo de peligro (151). Su ámbito de aplicación según el tenor de

mica: MORHBOTTER, «Der Bettel, Spenden...» *cit.*, 226 ss.; GALLAS, «Der Betrug...» *cit.*, 435 admite la frustración del fin social como daño en las prestaciones de paridad económica, únicamente para patrimonios vinculados o destinados específicamente a fines sociales, poniendo por ejemplo una fundación destinada a la promoción de jóvenes artistas en estrecheces económicas: la adquisición por la citada fundación, de una obra pintada por un artista bien situado, en la creencia de que su autor era un pintor novel, implica daño patrimonialmente aun cuando el valor del cuadro se correspondiera con el precio pagado. MEZGER, *DR* 1940, 287 (cita tomada de MORHBOTTER, *cit.* 230), restringe la relevancia del fin a las transacciones donde el fin social aparece como elemento sustancial o contenido contractual, conocido y asumido por las partes. Lógicamente el conocimiento del fin pretendido por el disponente debe ser conocido por el autor de la simulación, como requisito del dolo necesario para conformar el tipo subjetivo de la estafa.

(149) *RG*, 73, 284, citado reiteradamente en la literatura: el **Reichsgericht** rechazó la calificación de estafa, pese al incumplimiento de aquella condición y consecuentemente del fin político-económico pretendido de ayuda a zonas deprimidas. Otro supuesto famoso es el de la oferta de compra de acciones de la Volkswagen, oferta restringida a los empleados que acabó siendo utilizada a través de «hombres de paja» por numerosas personas que no tenían derecho a ello; aunque las numerosas resoluciones a que dio lugar, no siempre fueron coincidentes en la argumentación ni en el fallo, cuando condenan lo hacen en base al engaño sobre la pertenencia al círculo de autores legitimados para el acceso a la compra, prescindiendo de justificar el daño patrimonial; si bien algunas sentencias aluden a los «objetivos sociopolíticos» no se relaciona con la «disminución patrimonial»: Cfr. MÜLLER, «Der widerrechtliche Bezug von Volkswagen Aktien», *Deutsche Richterzeitung* 1963, 55 ss. Sobre estos supuestos y otros similares, Cfr. MORHBOTTER, «Der Bettel, Spenden...» *cit.*, 225 ss.

(150) Por ejemplo para ayuda a jóvenes drogadictos excarcelados, caso tratado en la sentencia OLG KÖLN 23-1-1979, absolviendo al acusado. Sentencia comentada por SONNEN, «Die Soziale Zweckverfhelung beim Betrug», *JA*, 1982, 593 s., manifestando su acuerdo con la resolución: en los negocios mixtos donde concurre un componente de finalidad social, el daño sólo puede afirmarse cuando no exista paridad económica entre las prestaciones.

(151) La mayoría de la doctrina considera que el § 264 constituye un adelanto de la protección que brinda la estafa genérica, (**Vorfeld des Betruges**), y por tanto un delito de peligro para el patrimonio (público): GERHOLD, *Zweckverfehlung*, *cit.*, 78 s.; HACK,

la ley (152) se restringe a las subvenciones económicas, definidas como aquellas prestaciones concedidas total o parcialmente sin exigencia de una contraprestación equivalente según valor del mercado. Si en este supuesto de peligro, construido sobre prestaciones dirigidas a finalidades político-económicas, se restringe la punición a tales casos de no equivalencia económica, parece lógico, alega Samson, deducir que en el tipo de lesión patrimonial como es la estafa, la frustración de los fines sociales o políticos sólo pueda tomarse en cuenta en supuestos de gratuidad total o parcial (153).

La restricción del criterio de la frustración del fin a los supuestos de prestaciones unilaterales presenta no obstante, como destaca el mismo Samson, una evidente contradicción: Quien dona un limosna engañado sobre el destino de la misma a una asociación de minusválidos, es considerado víctima de estafa, puesto que no sólo se le ha dañado en su libertad de disposición, sino también en su patrimonio. En cambio si se tratara de compra de postales supuestamente dibujadas por minusválidos o, con la intención de favorecer a aquéllos, pero al precio real de mercado, la frustración del fin social no sería suficiente para afirmar el daño patrimonial, lo cual significa que la frustración del mismo fin social en este caso se identifica con la mera lesión de la libertad de disposición (154).

Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug, § 264, unter der blickwinkel allgemeiner strafrechtliche Lehren, Berlin, 1982, 19 s.; LACKNER, *StGB mit Erläuterungen*, 18. neu bearb. Auf., München 1989, § 264, Rn. 1b); LENCKNER, *SCH/SCH, StGB*, § 264, Rdn. 1 y 4; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, cit., 456; RANFT, «Die Rechtsprechung zum sog. Subventionsbetrug, i. S. des § 264 I, Nr. 1 StGB», *JuS* 1986, 3163; SANNWALD, *Rechtsgut und Subventionsbegriff § 264 StGB*, Berlin, 1981, 63; SCHÜNEMANN, «Subventionsbetrug durch nachgeordneten Amtsträger», *NSiZ* 1985, 73; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, BT*, 2. Auf., Tübingen 1983, 144; VOLK, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. Kriminalpolitische Probleme und dogmatische Schwierigkeiten», *JZ* 1982, 87.

Otro grupo importante de autores apela a la institución subvencional, a los fines de la subvención, o a la libertad de planificación estatal como objeto de protección del fraude de subvenciones. Algunos de ellos consideran sin embargo que juntamente a tales intereses también se protege el patrimonio público: Una exposición de las distintas posiciones puede verse en mi trabajo inédito, *La obtención y disfrute indebido de subvenciones*, cit. 125-249.

(152) § 264 (6): «A los efectos de este precepto se considera subvención toda prestación con cargo a fondos públicos dirigida a empresas o explotaciones, otorgada en virtud de una normativa jurídica federal, de los estados federados, o de la Comunidad económica europea, siempre que tal prestación, al menos en parte, 1. se otorge sin exigencia de una contraprestación equivalente a las que rigen las relaciones propias del mercado económico, y además, 2. se trate de subvenciones que deban aplicarse a objetivos de fomento económico. [...]».

(153) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 162.

(154) SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 158; WESSELS, *Strafrecht, BT*, 133: El hecho de que el comprador víctima del engaño no hubiera comprado las postales de haber

Se trata de una contradicción difícil de salvar desde la concepción económica o jurídico-económica del patrimonio que cifra del daño en el saldo negativo en clave dineraria. La teoría objetivo-individual choca aquí con la teoría de la frustración del fin. Si las postales adquiridas permiten la utilidad objetiva que le son propias (155), y se han pagado a precio de mercado, la afirmación de un daño patrimonial supondría admitir una excepción individualizadora —por la frustración del fin social— a la ya excepción individualizadora del «valor de uso». Estaríamos ante una excepción de la excepción.

Lo que en las posiciones que siguen una orientación económica del patrimonio aparece como excepción, correctivo, expediente inevitable pero contradictorio, encontrará mejor acomodo en las concepciones funcional o personal del patrimonio. La aceptación de los criterios individualizadores como único medio de evitar soluciones insatisfactorias desde la perspectiva de la justicia material, revela un esfuerzo digno de valorar, pero no puede encubrir la debilidad de su justificación en el marco conceptual de la orientación económica (156).

3. Concepto personal y funcional de patrimonio. El daño patrimonial como lesión del potencial económico para la satisfacción de fines individuales

Los inicios del denominado «concepto personal de patrimonio» se atribuyen en Alemania a Bockelmann, quien ya en 1944 reclama la primacía de la perspectiva subjetiva del titular patrimonial, definiendo el patrimonio como ámbito de desenvolvimiento de la propia persona y de sus intereses (157). Aunque minoritaria en Alemania, la concepción per-

sabido la falsedad sobre el destino de la ganancia, no puede variar la conclusión de que no existe estafa, pues ésta no protege ni la confianza, ni la buena fe en el tráfico, ni por supuesto la libertad de disposición como tal. En el mismo sentido LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177, niega que exista contradicción en el diverso tratamiento de ambos casos, manteniendo que en negocios de paridad económica la atención a la frustración del fin para afirmar el daño implicaría una ampliación de la estafa a la protección de la libertad de disposición.

(155) Aunque como destaca LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 177 en estos casos lo más frecuente es que el objeto resulte perfectamente inútil para el adquirente, quien realiza el acto de disposición pretendiendo únicamente colaborar al fin social que se le presenta como real, por lo que la apariencia de paridad económica entre valor y precio solo concurre en términos abstractos de mercado, y no en relación al valor de aplicación o uso que ofrece para el adquirente.

(156) OTTO, *Die Struktur*, cit., 81 s.

(157) BOCKELMANN, «Der Unrechtgehalt des Betruges», *Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlin, 1944, 226 ss., y «Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ* 1952, 464.

sonal ha incrementado el número de sus partidarios en los últimos años (158), destacando como desarrollo más elaborado la monografía de Otto aparecida en 1970 (159), junto a otras aportaciones significativas (160).

Próxima a esta orientación tanto en sus premisas como en sus resultados se encuentra la llamada concepción funcional del patrimonio representada fundamentalmente por Weidemann (161) y Mohrbotter (162), quienes parten de la lesión a la libertad de disposición patrimonial como

(158) CRAMER, SCH/SCH, *StGB* § 263, Rn. 81, considera que se trata de una teoría que avanza en los últimos tiempos, porque ofrece una versión del daño patrimonial que trata de conciliar el criterio formal de evaluación del daño del concepto jurídico con el criterio objetivo del valor abstracto del concepto económico.

LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 124, manifiesta que «es posible que la teoría personal tenga futuro», pero a la vez muestra sus recelos por la inseguridad jurídica derivada de las formulaciones de daño personal, frente a la mayor precisión de los conceptos elaborados durante varias décadas por la tradición doctrinal y jurisprudencial. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, BT, 2. Auf. Tübingen, 1983, 112- llega a manifestar que la teoría personal constituye por el momento el punto final de una discusión mantenida durante varias décadas, apreciación que GERHOLD, *Zweckverfehlung... cit.* 27, n.º 59 considera, como mínimo, «prematura».

(159) OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970.

(160) Tempranamente se suma a la orientación personal HARDWIG, «Beiträge zur Lehre vom Betrug», *GA*, 1956, 6 ss. Posteriormente, HEINITZ, «Urteilsanmerkung zu BGHSt. 22, 88», *JR* 1968, 387 s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, 2. Auf. Tübingen, 1983, 112; Más recientemente y con detenida argumentación, HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung... cit.*, 89 ss.

Coinciden con el concepto personal de daño patrimonial, aunque refiriéndose a ámbitos concretos de defraudación: SCHLÜCHTER, «Der Vermögensschaden im Sinne § 263 *StGB* aus wirtschaftlicher Sicht, dargestellt am Fall von Vertragsschlüssen, erschlichen durch Täuschung über die Bedeutung des Bestellscheins», *MDR* 1974, 617 ss.; FRANZHEIM/KRUG, «Betrug durch Erschleichen von Unterschriften» *GA*, 1975, 97 ss.; y JAKOBS, «Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug» *JuS* 1977, 228 ss. quien explícitamente (*Ibidem*, 231 n.º 27) reconoce la proximidad de sus planteamientos con la teoría personal, a la que no obstante critica por conceder aún demasiado peso a lo económico, al menos en las formulaciones teóricas al supeditar el carácter patrimonial a los «fines económicos» o al ámbito de los «resultados económicos».

(161) WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn 1972, 199 ss.

(162) MOHRBOTTER, «Der Bettel –Spenden– und Subventionserschleichungsbetrug, ein Beitrag zur modernen Vermögensbegriff», *GA* 1969, 225 ss. y «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», *GA* 1975, 41 ss. La formulación de MOHRBOTTER es calificada de «dualística-dialéctica» por OTTO, *Die Struktur... cit.* 27. OTTO rechaza que MOHRBOTTER avance significativamente sobre la concepción jurídico-económica, ya que parte de una concepción del patrimonio como «suma de elementos» en cuanto «unidad abstracta de valor», aunque por otro lado acuda a una perspectiva funcional, lo cual le obliga a manejar dos conceptos distintos de patrimonio, en detrimento de la congruencia conceptual (OTTO, *op. cit.* 83).

objeto de protección de la estafa, en cuanto tal facultad del titular es considerada inseparable de un entendimiento dinámico de patrimonio (163). La construcción de Eser, conocida como «concepción dinámica» de patrimonio (164), conduce a los mismos resultados que la concepción personal en la valoración del daño, si bien asume el concepto jurídico económico de patrimonio, intentando compatibilizar éste con la protección de la «libertad de actuación económica» (165).

En España la concepción personal de patrimonio ha tenido escaso eco en la literatura jurídica, si bien en los últimos años, en el marco de específicos trabajos monográficos, algunos autores se han pronunciado a su favor (166).

A. Presupuestos conceptuales

Presupuesto común a las distintas versiones de la orientación personal es el entendimiento de que la protección penal del patrimonio se dirige a garantizar a su titular las posibilidades de desarrollo personal que le brindan aquellos bienes económicos bajo su señorío, más allá del aseguramiento de una suma abstracta de valor económico según el patrón del «homo oeconomicus» (167). De acuerdo con la definición de Otto el

(163) KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, 1991, 398 ss. (408 y n.º 34) mantiene una posición singular, considerando la estafa como «delito contra la libertad que daña al patrimonio», y cifrando el resultado de la conducta en el «autodaño no libre» (unfreie Selbstschädigung), defiende sin complejos la libertad de disposición como verdadero objeto de protección de la estafa junto con el patrimonio; «Das Vermögen wird als Medium der Dispositionsfreiheit und nicht unabhängig von dieser geschützt».

(164) ESER, «Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugschaden», *GA* 1962, 289 ss.

(165) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 84.

(166) Así, ROMERO, *Los elementos del tipo de la estafa*, cit. 245 ss.; ELGUERO y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid, 1988, 60, escuetamente y sin ulterior argumentación, manifiesta «adherirse» a la concepción personal de patrimonio mantenida por OTTO y por ROMERO; MARTOS, *El perjuicio patrimonial*, cit. 129 manifiesta que «la teoría personal del patrimonio debe admitirse en nuestro Ordenamiento» [sic], si bien la fundamentación resulta confusa. En relación al concepto jurídico-penal de propiedad, defiende una orientación dinámica-funcional, DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material en los delitos de hurto y apropiación indebida*, San Sebastián, 1992, (tesis doctoral inédita), 108 ss., manteniendo la necesidad de unidad conceptual en las definiciones de propiedad y de patrimonio.

En la jurisprudencia, debe destacarse la toma de postura a favor del concepto personal de patrimonio en la sentencia de 23 de abril de 1992 (caso de la intoxicación por aceite colza, ponente: BACIGALUPO), como se indicó más arriba (Supra, n.ºs 35 y 36).

(167) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 41; MOHRBOTTER, «Der Bettel Spenden...» cit., 232; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, BT. cit.*, 112; WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, cit., 213.

patrimonio constituye una unidad «personalmente estructurada», conformada por las relaciones de señorío de una persona sobre elementos que socialmente se reconocen como objetos del tráfico económico (168). El ejercicio del dominio o señorío sobre los bienes patrimoniales bajo su titularidad implica la posibilidad de utilizarlos para satisfacer las propias necesidades, gestionarlos, intercambiarlos o disponer de ellos de acuerdo con sus planes. El patrimonio se concibe, ante todo, como una *relación* de un sujeto con un objeto, donde aquél domina el objeto configurando sus aplicaciones, en cuanto titular de ese potencial económico (169).

La orientación personal teóricamente constituye el contrapunto del concepto económico y jurídico-económico, si bien, dada la asunción dentro de estos últimos, de importantes correctivos individualizadores en la estimación del daño, el alegado antagonismo queda amortiguado. Desde la teoría jurídico-económica la fundamentación de la protección penal del patrimonio no es ajena al significado personal, ya que no se niega, sino que se reconoce explícitamente que el patrimonio constituye un instrumento que sirve para asegurar a su titular un ámbito de realización económica y una esfera de existencia (170). La diferencia radica en la proyección que se concede a tal afirmación en la definición del patrimonio como bien jurídico, y sobre todo en los criterios de determinación del daño patrimonial. No obstante la afirmación de que el concepto personal no es sino un «concepto personal del *daño*» (171), menosprecia la congruencia conceptual que ofrece la teoría personal, en la que los criterios para la estimación del daño resultan consecuencias lógicas de sus premisas, sin tener que acudir a expedientes correctivos que las excepcionen, proceder que no pueden evitar las concepciones económicas (versión estricta o versión mixta jurídico-económica).

Como reconoce el mismo Bockelmann, la formulación personal no se distancia de las demás teorías en cuanto a los presupuestos básicos económicos y jurídicos de los elementos patrimoniales, pero valora éstos no como simple conjunto de derechos patrimoniales o como suma global de bienes cifrados en cuantía monetaria, sino como objetos valiosos por el interés que adquieren para su titular como medio de satisfacción de necesidades (172). En la construcción más acabada de Otto se

(168) OTTO, *Die Struktur...* cit., 64 s.

(169) BOCKELMANN, «Zur Begriff...» cit., 464.; WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, cit., 201 s.; MOHRBOTTER, «Das Bettel-Spenden...» cit., 232.

(170) CRAMER, *Vermögensbegrif...* cit., 103.

(171) MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT.*, cit., 436; SAMSON, *SK*, § 263, Rn. 101 ss. y 121 ss. y «Grundprinzipien des strafrechtliche Vermögensbegriffes», *JA* 1989, 510 ss., parece asumir esta afirmación de hecho, pues trata la teoría personal únicamente al analizar los distintos conceptos de «daño patrimonial», eludiendo referencias a ella al examinar los conceptos de «patrimonio».

(172) BOCKELMANN, «Zur Begriff des Vermögensschadens beim Betrug», *JZ* 1952. 464.

expone detalladamente la coincidencia en el plano objetivo, de los criterios que permiten afirmar el carácter patrimonial de una determinada posición o relación fáctica de una cosa con un sujeto: valor económico, y ausencia de contrariedad con el ordenamiento jurídico (173). La particularidad la orientación personal descansa en la reivindicación del elemento subjetivo como elemento obligado de la relación patrimonial, que dota de sentido al significado valioso del patrimonio, y que se refleja en la fijación de lo que resulta económicamente dañoso. El «valor» económico de un patrimonio se singulariza por la organización funcional que el titular imprime a través de sus decisiones sobre los elementos patrimoniales según sus necesidades o preferencias, lo que difiere de un titular a otro, aunque el «valor objetivo» contable de dos patrimonios sea idéntico (174). Esta perspectiva cobra toda su relevancia a la hora de evaluar la lesión típica, momento en el que la dimensión funcional subjetiva opera como criterio determinante para afirmar o negar la paridad económica de las prestaciones en juego (175).

B. *Características del daño patrimonial. Frustración del fin pretendido, y disminución del potencial económico*

Por lesión patrimonial se entiende aquella merma de la capacidad económica, concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades —en sentido amplio— del titular. La equivalencia de la contraprestación obtenida debe realizarse en función de su idoneidad para satisfacer aquellos fines, y no simplemente en función del valor objetivo del mercado que se fija de manera abstracta y convencional (176). Lo que desde parámetros objetivos aparece como compensación equivalente, puede desvelarse como contraprestación desventajosa de acuerdo con los criterios de utilidad o rendimiento subjetivo. Bajo la premisa de que la protección del patrimonio significa protección del desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos económicos, no cabe hablar de un valor fijo igual para cualquier titular

(173) OTTO, *Die Struktur... cit.*, 43 ss. y 49 ss. La mera posesión de una cosa, incluso de origen ilícito, pertenece al patrimonio como objeto de protección, aun cuando la protección que dispensa el ordenamiento jurídico a esta posesión se fundamente simplemente en el interés de mantenimiento de la paz jurídica (p. 55).

Pese a la coincidencia básica con la concepción jurídico-económica, se destaca alguna diferencia de valoración, en relación a bienes de mero valor afectivo, que la concepción personal integra como elementos patrimoniales en tanto desplieguen una función de utilidad para su titular: Cfr. *Ibidem*, 66 s.

(174) OTTO, *Die Struktur... cit.* 63 ss.

(175) BOCKELMANN, «Der Unrechtsgehalt...» *cit.*, 248.

(176) BOCKELMANN, «Zum Begriff...» *cit.*, 464.

como si éstos fueran intercambiables (177); la dimensión individual impide considerar el patrimonio como un conjunto rígido, ajeno a la concreta organización funcional en la que el titular sitúa la utilidad de sus bienes (178). En el momento en que el titular adopta una decisión de aplicar un determinado bien, o de efectuar un gasto, como medio de obtener una determinada contraprestación, toma cuerpo el valor real que para el sujeto representa esa finalidad, que será para él de un valor equivalente a lo que entrega (179). La «imposición» de una contraprestación distinta a la pretendida, que aunque objetivamente sea económicamente equivalente, no satisface el sentido de utilidad o la finalidad expresada, distorsiona el significado económico subjetivo, al quedar incorporado a su patrimonio un objeto disfuncional a la organización y distribución personal de los bienes.

La frustración del fin pretendido con la aplicación patrimonial, o su reverso, la obtención del fin, pasa a ocupar el lugar central en la determinación de la lesión patrimonial, tanto en la concepción personal como en las versiones funcionales de Weidemann (180), o Mohrbotter (181). La finalidad de la prestación consistirá en la mera obtención de una suma económica, o en la utilidad que ofrece el objeto de la adquisición, o en la satisfacción de una necesidad de consumo o en el disfrute de un espectáculo artístico o de una estancia vacacional. Su valor económico queda determinado por la confluencia de intereses entre las partes que intercambian, adquieren y reciben el pago, o en definitiva acuerdan las contraprestaciones en base a la satisfacción de los fines respectivos: el valor económico de un bien, en su realización práctica queda configurado intersubjetivamente (182). El valor objetivo de mercado será una referencia sobre la que coincidirán las partes si ambas consideran provechoso el intercambio (183). La valoración estática de un bien según va-

(177) KINDHÄUSER, «Täuschung und...» *cit.*, 408 s.: si se parte de que la protección del patrimonio como bien jurídico se basa en que el patrimonio sirve al libre desarrollo de su titular, ¿cómo puede protegerse tal libertad de desarrollo cuando las pautas las marca la racionalidad del mercado o la voluntad colectiva?.

(178) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 56: la valoración no puede responder a una configuración de patrimonio como una especie de «peculio muerto» («toten Rathaus»), pues evidentemente por ejemplo a objetos idénticos se les valora económicamente de forma distinta según se trate de un contexto de venta al por mayor, o por el contrario al detalle para el consumidor.

(179) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 95.

(180) WEIDEMANN, «Zur Frage...» *cit.*, 992, y *Kompensationsproblem*, *cit.*, 281.

(181) MOHRBOTTER, «Der Bettel-Spenden...» *cit.*, 231, insistiendo en que debe tratarse del fin acordado entre las partes.

(182) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 56; KINDHÄUSER, «Täuschung...» *cit.*, 408.

(183) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung... cit.*, 89, con referencias a los criterios de la ciencia económica, que destaca la importancia de esta confluencia y por consiguiente la necesidad de atender a los intereses que permiten la realización del intercambio de bienes.

lor de venta al público, o valor equivalente en el sector de tráfico que se trate, es indicativa de lo que la media de los consumidores, adquirentes o usuarios está dispuesto a pagar. En la mayoría de los casos el automatismo del valor convenido coincide con los intereses del adquirente, pero ello no significa que por el hecho de que dos bienes tengan igual valor de mercado sean intercambiables en relación a cualquier patrimonio. Únicamente si ambos reportan la misma utilidad para satisfacer los intereses económicos del titular podrá afirmarse que su potencial patrimonial permanece inalterado. Por el contrario, si una parte no tiene interés por la utilidad que se le ofrece, o aun interesado en dicha utilidad estima sin embargo que no le «compensa» pagar tal precio en su concreta circunstancia, de acuerdo con la estructuración personal de sus recursos patrimoniales, no cerrará el trato, porque preferirá mantener su concreto valor de cambio, o acudir a otras alternativas que le ofrezca el mercado (184).

Hartmann propone una diferenciación entre el valor estático-objetivo del patrimonio, o más concretamente de cada elemento integrante del mismo, y el valor dinámico-subjetivo, en función de la situación del bien en relación a las decisiones del titular. Mientras los bienes patrimoniales permanecen «en reposo», formando el acervo patrimonial, constituyen una «reserva» económica que el titular puede activar en cualquier momento (185). El valor de esa «reserva activable» (*aktivierbares Reservoir*) se computa según parámetros monetarios de valor de mercado, y, como tal, de acuerdo con un valor abstracto objetivo, cuantificable en dinero. Ahora bien, en el momento en que el titular decide una determinada aplicación de sus bienes, actualiza su valor de acuerdo con lo que para él vale la concreta contraprestación que pretende, y no otra: en lugar del valor objetivo incorporado a ese bien pasa a primer plano el valor subjetivo (186). Este sería el valor subjetivo, desde la perspectiva dinámica de la operación de intercambio, adquisición o entrega gratuita que al titular le interesa. La primera valoración estática sería aplicable básicamente para los delitos consistentes en una apropiación patrimonial. La valoración dinámica es de aplicación en el ámbito de la estafa, donde por definición concurre un acto de disposición patrimonial del titular (o del facultado por éste en caso de estafa triangular, se sobrentiende), llevado a cabo en el marco de una relación comunicacional donde autor y víctima acuerdan el sentido de la transacción. La determinación del daño requiere la comparación de dos prestaciones, una real —la del disponente— y otra fallida o defectuosa. La concurrencia del daño depende por lo tanto de las características de la prestación fallida o incompleta, que de haberse producido según lo acordado hubiera compensado

(184) OTTO, *Die Struktur*, cit. 283; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...*, cit., 89.

(185) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...* cit., 95, 97.

(186) *Ibidem*, 95.

económicamente la disposición de la víctima. La valoración adecuada de esa equivalencia no puede realizarse ya con parámetros objetivos de mercado, sino en función de las utilidades o propiedades acordadas que debiera ofrecer, que son las que ha tenido en cuenta ambas partes para llegar a la conformidad sobre la equivalencia económica.

De atender únicamente al valor objetivo en el ámbito de la estafa, quedaría fuera de la previsión penal la picaresca de quien para «colocar» o «asegurar» la venta de existencias de difícil salida, aseguran los consiguientes ingresos a costa de la defraudación de la utilidad o necesidad cuya satisfacción pretendía el adquirente, desconocedor de la simulación desplegada (187).

La mayor labilidad de los intereses individuales y el peligro de deslizamiento hacia la protección de la libertad de disposición bajo el manto de la estafa, no deja de ser reconocido por los representantes de la orientación personal (188), si bien manifiestan que tal peligro se conjura con mejor fortuna desde sus postulados, que desde las contradicciones de la teoría objetiva-individual de las concepciones económicas (189). Otto establece la delimitación de los intereses atendibles, acudiendo a la diferenciación entre el resultado «económico» pretendido, y los aspectos no esenciales sobre la forma o particularidades de ese resultado, aunque difieran de lo que el sujeto hubiera deseado. Conforme a esta pauta, no podrá afirmarse el daño, por ejemplo, si las prestaciones que ofrece una póliza de seguros de la Compañía X es igual a la de la Compañía Y con la que quería contratar; o tampoco concurre daño si se recibe mantequilla extranjera de la misma calidad que la alemana solicitada, salvo que la finalidad fuera la comercialización del producto y conste la existencia de dificultades por razón del origen del producto; en definitiva el criterio de demarcación atiende a lo expresado como objetivo de utilidad al efectuar el correspondiente desembolso, dejando fuera preferencias incidentales que no afectan al fin pretendido (190). O como propugna Schmöller, la afirmación del daño requiere la frustración del

(187) ESER, «Die Beeinträchtigung...», *cit.*, 294: no resulta político-criminalmente satisfactorio que el consumidor quede desprotegido frente a la astucia de los vendedores, cuando por su parte vendedores y empresas reciben protección frente a prácticas atentatorias de la libertad de competencia. OTTO, *Die Strafrechtliche Belämpfung unseriöses Geschäftstätigkeit*, Lübeck, 1990, 80 s.

(188) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 74: Es fundamental establecer la frontera entre la disminución de una posición patrimonial y la protección de la mera libertad de disposición. El concepto personal de patrimonio no debe confundirse con un concepto meramente subjetivo de patrimonio.

(189) BOCKELMANN, «Zur Begriff...», *cit.*, 465; OTTO, *Grundkurs, Die einzelene Delikte*, *cit.*, 209.

(190) Cfr. OTTO, *Die Struktur...*, *cit.*, 74 ss., con abundantes ejemplos; BOCKELMANN, «Das Unrechtsgehalt...» *cit.* 248; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...*, *cit.*, 124.

fin o de la utilidad dominante, quedando fuera de consideración la frustración de otras representaciones mentales que hubieran incidido en la motivación pero que son separables del uso o fin principal (191). Weidemann acude a la diferenciación entre fines y motivos (192); Hartmann insiste en que debe tratarse de finalidades económicas, entendiendo por tales aquellas cuya satisfacción requiere una aplicación económica, es decir cuestan dinero (193).

La valoración de lo que constituye interés o fin relevante resulta más problemática en el campo de la conformación de la vida privada. La corrección normativa que proponen algunos autores, de referencia a lo que constituye aplicación *económica*, y obtención del fin expresado según la posición de un tercero imparcial (194), resulta en principio irrenunciable, pero particularmente vidriosa en este ámbito. Jakobs reclama la máxima individualización allí donde los gustos y las preferencias individuales no pueden en absoluto ser sustituidas normativamente por la utilidad o gusto del «tercero imparcial» o la «utilidad exigible» en función de lo que es útil para otra persona en su situación (195). La premisa general de que la estafa protege únicamente el patrimonio y no la libertad de disposición patrimonial según gustos o preferencias en el tratamiento de los bienes, es razonable en el campo de las actuaciones económicas ordinarias, regidas por el interés de resultados económicos de mantenimiento o acumulación de capital. En la esfera privada por el contrario, la facultad de decidir según el propio gusto o capricho, es inherente a la conformación de aquellos aspectos de la vida particular de cada individuo; la aplicación de los baremos generales conduciría a dejar desprotegido el patrimonio en las actuaciones propias de esta esfera individual (196). En el campo de uso del patrimonio para fines privados la consideración del daño debe por lo tanto valorarse, a su juicio, con criterios similares a los admitidos para las prestaciones unilaterales de donaciones o subvenciones, y no con los criterios del «homo oeconomicus», indiferente a intereses de «conformación vital» (197). En la misma

(191) SCHMÖLLER, «Ermittlung des Betrugsschadens...», *cit.*, 119 ss.

(192) WEIDEMANN, *Kompensationsprobleme...* *cit.*, 216 ss.

(193) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...* *cit.*, 124 s.

(194) WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, *cit.*, 217 ss., 282; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 132.

(195) JAKOBS, «Die objektive-individuelle...», *cit.*, 229 s. Acude a los ejemplos de quien quiere comprarse un pantalón de lana y no de rayón o fibra sintética aunque sean del mismo precio, o el que está interesado en las obras de Marx y recibe las obras de Hegel, etc.

(196) *Ibidem*, 230.

(197) *Ibidem*, 230: desde la perspectiva del «homo oeconomicus» las vacaciones serían un medio de recuperar su fuerza de trabajo y según esto sería indiferente que le envié a Noruega o a Roma, si en ambos casos puede obtener la misma utilidad de relaxo y distracción. Sin embargo para la persona real el interés concreto de visitar Roma no es intercambiable con el viaje a Noruega.

línea Kindhäuser insiste en la necesidad de proteger la libertad de disposición en el ámbito de la vida privada, una vez de que se admite como punto de partida que el patrimonio sirve para el libre desarrollo de su titular. Imponer la racionalidad del mercado o los baremos de la voluntad colectiva —del tercero imparcial— supondría negar aquella premisa (198).

La exigencia de una máxima individualización conduce por lo tanto al rechazo de las correcciones normativas utilizadas por la jurisprudencia en el contexto de la teoría objetivo-individual del daño. Se requerirán ulteriores pautas de delimitación que sitúen la frontera entre las finalidades relevantes y los intereses no atendibles aun desde la perspectiva funcional-personal. En el apartado siguiente se tratará con más detalle el desarrollo doctrinal de estos criterios, como problema básico de la teoría de la frustración del fin, por lo que me remito a lo que allí se expone (199).

En la fijación del daño, las premisas funcionales del patrimonio conducen a destacar la necesidad de conjunción de otro criterio adicional al de la frustración del fin. Rechazado el saldo contable como baremo del daño, se recurre no obstante a la valoración global de la situación económica del titular después de la transacción fallida en su objetivo de utilidad. Caso de que la contraprestación obtenida —inadecuada para el fin previsto— implicara la incorporación patrimonial de un bien monetariamente evaluable, deberá atenderse a su idoneidad para ser intercambiado o convertido para servir de forma mediata a la satisfacción de los fines pretendidos (200). Criterio que sólo parcialmente puede coincidir con el de «otra utilidad exigible» de la jurisprudencia alemana (201).

La concreta estimación del daño, bajo las premisas de la lesión —empobrecimiento— del potencial patrimonial para la obtención de los fines del titular, requiere alguna matización, según las características de la transacción.

(198) KINDHÄUSER «Täuschung und Wahrheitsanspruch...», *cit.*, 409. En n.º 34 matiza que la concepción personal del patrimonio debe tomar en cuenta el contexto social de cada ámbito de vida: el ámbito puramente económico se rige por la figura del «homo oeconomicus», los contextos relacionados con un determinado rol, se rigen conforme a los criterios de la esfera de tráfico particular de que se trate, la esfera de la vida privada se ordena en cambio por criterios de la individualidad personal.

(199) *Vid. infra*. III.

(200) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.* 150; WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, *cit.* 235, 240 s.; FRANZHEIM/KRUG, «Betrug durch Erschleichen...», *cit.*, 102; JAKOBS, «Die objektive-individuelle...», *cit.*, 230 alude incidentalmente a este cómputo cuando manifiesta que la disminución patrimonial concurre al menos por el importe diferencial entre el precio pagado y el precio de la reventa de lo recibido en contraprestación.

(201) Como ya vimos, algunos autores incluyen bajo este criterio la posibilidad de reventa del bien recibido; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 157.

a. Prestaciones bilaterales

Siguiendo la diferenciación que ofrece Hartmann, reordenando y recogiendo básicamente los criterios de la orientación personal, dentro de las relaciones con pretensión de paridad económica debe aun distinguirse entre contraprestaciones económicamente insuficientes por no alcanzar siquiera la paridad monetaria objetiva, y aquellas otras donde la insuficiencia reside en el valor funcional de utilidad.

a') TRANSACCIONES CONFORMADAS SOBRE PRESTACIONES DE HIPO-
TÉTICA EQUIVALENCIA ECONÓMICA, CON OCULTACIÓN DEL ME-
NOR VALOR OBJETIVO —DE MERCADO— DE LA
CONTRAPRESTACIÓN.

En estos casos la constatación del déficit objetivo hace innecesarias ulteriores indagaciones para afirmar ya la lesión patrimonial. La consideración del patrimonio como *unidad*, permite la determinación del daño atendiendo al saldo global, como punto de partida en el cómputo del valor del patrimonio que disfruta una persona (202). El engañado ha pagado más de lo que realmente cuesta la prestación que quiere obtener, con la consiguiente merma de su potencial individual, en el valor de la diferencia entre lo entregado y lo recibido, aquí según valor objetivo de mercado. La reducción de las posibilidades de dedicar esa diferencia indebida a la satisfacción de otras necesidades (203) permite afirmar el resultado típico de acuerdo con las premisas funcionales del patrimonio. La consecución de la finalidad proyectada, —que en el contexto concreto en que se produce la transacción «costaba» menos que lo detraído por el disponente— no sirve para «compensar» esa pérdida de valor objetivo (204). La «obtención material del fin» no juega ya ningún papel en la determinación del daño, pues de otra forma quedarían sin protección penal esa lesión patrimonial generada a través del engaño desplegado por quien se enriquece en la misma medida del empobrecimiento objetivo de la víctima (205).

(202) *Ibidem*, 95 s. La consideración del patrimonio como «unidad» constituye doctrina dominante en Alemania: Cfr. LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 143.

(203) HARTMANN, *Das problem der Zweckverfehlung...*, *cit.*, 97.

(204) Conclusión distinta a la que llega WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, *cit.*, 213 s., desde su concepto funcional, según el cual la obtención del fin descarta el daño patrimonial. Asimismo LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 190, manifiesta que la venta de un producto como si perteneciera a una determinada marca más famosa, consiguiendo un precio más elevado, no debe considerarse perjuicio patrimonial si el comprador está interesado únicamente en su calidad, y no en su procedencia, en cuyo caso el componente individual de medición del valor excluye el daño.

(205) HARTMANN, *Ibidem*, 171.

- b. Transacciones con prestaciones objetivamente equivalentes con frustración del fin pretendido por el engañado (ocultación de la ausencia de utilidad o de la imposibilidad de obtención del fin)

En estos supuestos, la valoración del daño se realiza a un doble nivel. En primer lugar el relativo a la frustración del fin que se expresa al destinar un valor patrimonial para su consecución. La coincidencia del valor objetivo de mercado con el valor económico individual, supone que el bien o prestación que se recibe sea idóneo para la satisfacción del fin pretendido con la disposición patrimonial. Su inidoneidad a tales efectos, significa que el objeto recibido no compensa el desembolso realizado, y por lo tanto se trata de una operación económicamente fallida desde la perspectiva de la satisfacción de necesidades o de organización de los propios bienes (206). Pero la frustración del fin no permite todavía afirmar que la víctima se haya empobrecido, esto es, que su *potencial* de dominio económico haya disminuido; será necesaria una segunda operación dirigida a examinar las posibilidades que ofrece la contraprestación a través de su sustitución, intercambio o transformación, para la obtención de forma mediata, de la finalidad inicial perseguida (207). La posibilidad efectiva de reventa o intercambio por otro bien que satisfaga el interés del afectado, en paridad de valor objetivo, o por dinero en identidad cuantitativa al valor del desembolso, excluirá el daño típico, ya que el sujeto mantiene su capacidad económica para obtener el fin previsto, sin tener que detraer nuevos bienes de su patrimonio, o en todo caso se sitúa en una posición económicamente igual a la que gozaba con anterioridad a la transacción (208).

La frustración del fin por sí misma, no constituye por lo tanto el criterio definitivo en la estimación del daño patrimonial (209). En las relaciones de intercambio con prestaciones equivalentes objetivamente, la frustración del fin constituye una condición necesaria, pero no suficiente de la lesión patrimonial. Lo que implica que sólo en casos excepcionales concurrirá este resultado típico (210). Si no cabe sustitución o transformación, o éstas implican la entrada de un bien de menor valor; o si en el caso de devolución de precio se trataba de devolución parcial, o si la transformación o reventa no puede ser inmediata o requiere un es-

(206) *Ibidem*, 99.

(207) *Ibidem*, 101, 147 s. En el mismo sentido WEIDEMAN, *Kompensationsproblem*, cit., 281.

(208) HARTMANN, *Ibidem*, 148.

(209) *Ibidem*, 101.

(210) *Ibidem*, 147, 171.

fuerzo considerable de la víctima, en todos estos casos podrá afirmarse la efectiva lesión patrimonial (211).

El procedimiento señalado presenta cierta similitud con los dos estadios de la teoría objetivo-individual, que ahora se invierten de forma simétrica: primero atención a los fines, y en segundo lugar al valor objetivo de cambio. Similitud parcial porque, primero, aquí no se trata de un «correctivo» del valor objetivo, sino de la aplicación de la premisa básica de que la merma patrimonial es merma del potencial económico individual; en segundo lugar, porque en la consideración del potencial de la prestación en cuanto a su sustituibilidad, se atiende no ya el valor abstracto del «precio» en el momento de la transacción, sino su valor de cambio una vez en manos del engañado, en su caso el valor de «reventa». No es lo mismo el valor objetivo que incorpora un bien, según mercado, que el valor concreto que representa dentro de un patrimonio. Como tampoco es igual, en muchos casos, el valor objetivo de ese bien cuando se adquiere, que cuando se acude al mercado de segunda mano.

La corrección normativa de la «posibilidad de otro uso exigible», en la teoría objetivo-individual, conduce a imponer una utilidad que *no se quiere* (212), si bien también admite una interpretación que cifre la utilidad en la posibilidad de reventa o sustitución (213), pero en una y otra versión la frustración del fin previsto por el adquirente deja de tener significación, pues basta que se pueda obtener un fin secundario. En la versión de Hartmann, la obtención de este fin secundario no excluirá el daño si a la vez se produce una disminución del potencial económico individual para poder alcanzar aquel fin principal (214). No obstante, como ya se ha indicado, en la realidad se llega prácticamente a los mismos resultados con una u otra teoría (215).

Mediante este doble baremo, se supera el peligro de incluir en la estafa los meros ataques a la libertad de disposición, ya que no es suficiente el engaño sobre la utilidad de lo adquirido (216), si no va acompañada de la merma de potencial individual patrimonial. En coincidencia con la

(211) *Ibidem*, 101 s. y 149.; en el mismo sentido WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem*, cit., 240 s.; y MOHRBOTTER, «Der Bettel-Spenden...», cit., 233: el engañado no sólo queda afectado en su libertad de disposición, como libertad de conformación unilateral, sino que además pierde la «posibilidad de realizar sus planes económicos», pues o renuncia al fin pretendido o tendrá que obtenerlo de otra manera, en detrimento en definitiva de otras posibilidades económicas, que antes de la transacción engañosa existían.

(212) WELZEL, *Deutsche Strafrecht*, 375: lo decisivo no es que el sujeto *quiera* utilizar la contraprestación, sino que *pueda* hacerlo, según las posibilidades que ésta ofrece.

(213) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 15.

(214) HARTMANN, *Ibidem*, 151.

(215) *Ibidem*, 151.

(216) El engaño sobre la utilidad, es decir, sobre la obtención del fin, será, como ya se ha indicado, condición necesaria para poder afirmar el daño en transacciones de paridad económica, donde por definición se descarta el engaño sobre el valor objetivo. Además habrá que comprobar la disminución del potencial patrimonial individual.

concepción económica y jurídico-económica, se considera insuficiente el hecho de que «de no haber mediado engaño, el afectado no hubiera realizado la disposición patrimonial», pues con ello sólo se constata el efecto del engaño en la autonomía decisional. El carácter patrimonial de la estafa requiere la conjunción de engaño y merma patrimonial. Merma patrimonial que desde el prisma de la concepción personal descansa en el recorte objetivo del potencial de satisfacción de necesidades (217).

b) *Prestaciones unilaterales o económicamente desiguales*

Dentro del concepto personal de patrimonio la problemática de las prestaciones gratuitas no obliga a acudir a criterios distintos de los utilizados para las prestaciones equivalentes (218). Establecido que el valor patrimonial individual de un bien descansa en su idoneidad para obtener la satisfacción —de necesidades, intereses o fines— pretendida con su aplicación, la obtención de tal fin excluye el perjuicio; por el carácter gratuito de la disposición, la merma económica objetiva no implica daño patrimonial en ningún sentido (219). El desprendimiento de un bien patrimonial como medio de obtener un fin cuya obtención interesa al titular constituye un ejercicio consecuente del señorío sobre sus bienes, por lo que queda desterrada toda idea de perjuicio en cuanto perturbación de la organización funcional del patrimonio. El hecho de que la aplicación económica se dirija a satisfacer necesidades de otro o a incrementar un patrimonio ajeno, sin reversión económica en el disponente, no modifica el significado del componente individual en la valoración de la ausencia (o presencia) del perjuicio.

Consecuentemente la frustración del fin excluye el sentido económico positivo de la disposición patrimonial porque desvía el sentido de la prestación hacia intereses ajenos al disponente. La merma económica objetiva que se ha revelado inadecuada para la satisfacción de la necesidad (en sentido amplio, puede ser necesidad de otro, que el titular quería

(217) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung...*, cit., 101, 104.

(218) *Ibidem*, 152: tanto en las prestaciones bilaterales como en las unilaterales, la aparición del daño patrimonial no se explica en base a la disminución económica objetiva, sino en la disminución de la capacidad patrimonial individual de organizar y destinar los propios bienes de la satisfacción de necesidades.

(219) Desde las concepciones económicas la disminución consentida no deja de ser objetivamente un daño patrimonial. Por ello, cuando se inserta dolosamente un engaño en la motivación del disponente, o bien afirman la concurrencia del desvalor penal de resultado, pero tienen que acudir a diferenciar entre engaños relevantes y no relevantes convirtiéndose este elemento en determinante para la tipificación —posturas que no exigen «unbewusste selbstschädigung»—, o bien encuentran dificultades en explicar la concurrencia del requisito «autodaño inconsciente» dado que se trata de merma económica consentida. Cfr. *supra*, II.2.C.

satisfacer) o interés pretendido, significa ahora efectiva disminución del potencial patrimonial del sujeto, que se verá obligado a recurrir a otra parte de sus bienes para obtener el fin fallido. Puesto que en las prestaciones unilaterales no existe contraprestación material a su favor, que pudiera revertirse en otro valor útil, no es necesario acudir a ese segundo baremo valorativo utilizado en las prestaciones de paridad económica objetiva. Con la frustración del fin automáticamente se produce la lesión patrimonial (220).

El expediente de la frustración del fin encaja con naturalidad en las premisas conceptuales del concepto personal (221). La obtención de un fin social que beneficie a terceros constituye una de las aplicaciones posibles del patrimonio de una persona o ente en el ejercicio del señorío sobre sus bienes, si tal beneficio externo entra dentro de sus intereses. Sin embargo también desde esta perspectiva debe responderse a la cuestión de si el derecho penal debe proteger la frustración de cualquier tipo de interés que motive una disposición patrimonial. Entre la posición extrema de la sentencia del Tribunal de Baviera, sobre la cuestión a favor de la Cruz Roja, que condenó en definitiva por un engaño que frustraba el interés de ostentación (222), y la posición de Tiedemann, que rechaza la consideración del fin de la disposición salvo que se trate de patrimonio público (223), caben soluciones razonables en base a criterios dogmáticamente congruentes con el carácter patrimonial de la estafa y con la significación de sus elementos típicos. Congruencia que a mi juicio, se logra únicamente desde el marco conceptual de la concepción personal. La colocación del aspecto funcional del patrimonio en el centro de la definición de esa relación bienes económicos-persona titular, conduce a una equilibrada conjunción de criterios objetivos e individualizadores.

La escasa divergencia, en la resolución de los casos particulares, respecto a las concepciones económicas, es explicable por la confluencia de criterios en la determinación del daño, una vez admitida por aque-

(220) *Ibidem*, 147, 152.

(221) OTTO, *Die Struktur*... 58.

(222) BAYOG 1952, *NJW* 1952, 798. En realidad la sentencia no pretende establecer un criterio sobre la relevancia de cualquier interés, sino que se limita a constatar la existencia de un engaño —simulación de una donación previa del vecino— y de una merma patrimonial. La resolución es paradigmática de las consecuencias a que conduce un entendimiento meramente causal de la concatenación de los elementos típicos. La restricción teleológica defendida mayoritariamente en la literatura alemana, materializada en la exigencia del «unbewusste Selbstschädigung», permite una reconducción material de la interpretación en la delimitación de los engaños relevantes. Desde la concepción personal la exigencia de «desconocimiento del autoperjuicio» se resuelve satisfactoriamente, puesto que al insertar la frustración del fin como componente del valor —desvalor— patrimonial, permite afirmar que el perjuicio ha sido ocultado. En las concepciones económicas, la construcción resulta más atormentada.

(223) TIEDEMANN, «Der Subventionsbetrug», *ZStW* 1974, 911.

llas la perspectiva subjetiva como criterio corrector de una valoración excesivamente abstracta. La discusión sobre los contornos y modo de operar de los criterios individualizadores, fundamentalmente en el ámbito de las prestaciones unilaterales, se plasma en las diversas propuestas que conducen a la construcción, todavía no acabada, de lo que hoy se reconoce como teoría de la «frustración del fin». Como señala Hartmann, el criterio de la «frustración del fin» no solo sirve para la integración de los aspectos subjetivos del daño, sino también para la fijación de sus límites (224). La exposición de los rasgos fundamentales de esta construcción ocupará el siguiente apartado (III), recogiendo conjuntamente este esfuerzo de delimitación llevado a cabo desde premisas patrimoniales conceptualmente divergentes.

4. Recapitulación

Dejando de lado la concepción jurídica de patrimonio, superada por las construcciones económicas, y atendiendo a la concepción jurídico-económica de aceptación mayoritaria tanto en España como en Alemania, resulta altamente significativo la consolidación en Alemania de la «teoría objetivo-individual», y su variante de la «frustración del fin», en el cálculo del daño patrimonial. Esta progresiva aceptación de perspectivas individualizadoras se acompaña simultáneamente por un desarrollo de criterios normativos destinados a contener el impulso potencialmente expansivo*de la subjetivización. La tensión dialéctica entre las exigencias de seguridad jurídica y los componentes económicos objetivos del patrimonio por un lado, y la necesidad de atender a la singularidad de los intereses económicos de cada titular, recorre tanto las propuestas de matriz económica como las propugnadas por la concepción personal. La práctica coincidencia, repetidamente apuntada, de ambas concepciones en la resolución de supuestos problemáticos, revela el acuerdo sobre el punto de equilibrio en el que se resuelven los antagonismos teóricos. Detrás de esta coincidencia se encuentra la casi unanimidad de criterio sobre lo que se consideran soluciones político-criminalmente adecuadas dentro del sentido de protección de la estafa.

La adecuación político-criminal de las soluciones propuestas, no puede sin embargo suplantar las exigencias de coherencia dogmática en la interpretación de un tipo penal, comenzando por la especificación del bien jurídico objeto de protección. El carácter normativo de los elementos que configuran el tipo penal de la estafa, permite una gran dosis de flexibilidad al margen de la interpretación, donde se de-

(224) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 27.

sarrolla el debate entre las distintas construcciones doctrinales y jurisprudenciales. La posibilidad de convergencia entre el concepto del bien jurídico patrimonio —punto nuclear en la dogmática de la estafa— y las exigencias de justicia material sin tener que recurrir a excepciones contradictorias basadas en aspiraciones de política criminal, no resulta una tarea imposible. La asunción de un concepto dinámico de bien jurídico, que en relación al patrimonio significa la contemplación de su vertiente funcional-personal, permite resolver de forma más satisfactoria los problemas concretos que presentan ciertas constelaciones de supuestos como los aquí tratados, sin tener que acudir a correcciones de los criterios generales (225).

El entendimiento del instituto del bien jurídico desde una perspectiva dinámica y funcional, que atiende a la relación objeto-sujeto de acuerdo con la significación de esta relación para la persona individual, debe proyectarse consecuentemente en la formulación de los bienes jurídicos particulares de cada figura delictiva (226). La con-

(225) ESER, «Die Beeinträchtigung...», *cit.*, 290: un concepto dinámico que tome en cuenta la libertad económica como factor constituyente del patrimonio, puede aportar una clarificación que permita la inclusión de nuevas situaciones materialmente injustas como merecedoras de pena. Acogiendo la argumentación de BOCKELMAN, «Der Unrechtsgehalt des Betruges», *cit.*, 226, que expresamente califica de «convincente», manifiesta la posibilidad de acoger dentro de un precepto legal una modificación de su significado sin necesidad de alterar su concreta configuración típica.

(226) OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3. Auf. Berlin/New York, 1988, 8: el bien jurídico descrito en cada tipo delictivo particular alude a la relación real de la persona respecto a valores reconocidos por la comunidad jurídica —unidades funcionales sociales (*sozialen Funktionseinheiten*)— en la cual el sujeto jurídico se desenvuelve personalmente en conformidad con el ordenamiento jurídico; RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto del bien jurídico»; *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, 343 ss., 344: «el bien jurídico es precisamente la función social misma y no solo aquello cuya existencia en la realidad consiste en un ser-en función»; por ello, añade, el substrato real del bien jurídico «propiedad», «no es un estado determinado sino la función de la cosa en su correspondencia jurídica con el propietario que le abre a éste la posibilidad de un determinado dominio y a la vez un desarrollo de la personalidad mediante el aprovechamiento de estas posibilidades». Asimismo TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, 115 ss. insiste en que el significado dogmático del bien jurídico se basa en un concepto relacional (**Beziehungsbegriff**): «no es un estado ni (únicamente) un juicio de valor objetivo, sino la relación (valiosa) entre personas e intereses es lo que constituye el substrato que fundamenta el concepto del bien jurídico». Sin embargo en el ámbito de la estafa rechaza la perspectiva individual de la teoría de la frustración del fin social en las disposiciones patrimoniales de los particulares, como un entendimiento falsamente antropológico que conduce a desvirtuar la lesión patrimonial diluyéndola en la lesión de la libertad de disposición («Der Subventionsbetrug», *ZStW*, 1974, 910 ss.).

cepción personal de patrimonio acoge esta perspectiva, posibilitando que el concepto de bien jurídico patrimonio en su concreta formulación, resulte operativo para poder determinar cuándo concurre una lesión patrimonial, sin tener que recurrir a criterios externos al contenido establecido en su definición.

Los conceptos económicos de patrimonio —versión estricta o versión mixta jurídico-económica— por el contrario, presentan importantes fisuras entre su definición de patrimonio y el concepto de daño patrimonial, que acaban conformando con entrada de excepciones contradictorias. Otro proceder posible, respetuoso con los principios de congruencia, es el de rechazo categórico de cualquier criterio de perfil subjetivo en la evaluación del daño, como es proceder mayoritario teóricamente en la doctrina española. La cuestión que entonces permanece sin resolver es la de la inadecuación político-criminal de la construcción dogmática. Inadecuación que podría mantenerse en aras a la seguridad jurídica, siempre que no fuera posible otro entendimiento dentro del mismo contexto típico de la figura delictiva, porque en tal caso únicamente cabrían propuestas de modificación de *lege ferenda*. Vista la situación de la doctrina y jurisprudencia alemana, cuya influencia en nuestro país es notable en tantos campos incluida la propia formulación típica actual de la estafa, no parece que sea necesaria una modificación

En nuestro país, por ejemplo BUSTOS, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, 191, rechaza un concepto formal del bien jurídico definiéndolo como una «síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica» que ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social. Si bien en otro lugar (*Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá 1982, 72) alertaba la necesaria diferenciación entre el bien jurídico y sus presupuestos, que son las relaciones sociales, las posiciones que en ellas ocupan los individuos, su intermediación e interacción, que es lo que explica la significación y legitimidad de la protección penal, pero que no es lo mismo que el bien jurídico, fórmula sintética de lo que se protege realmente. Tal vez por ello al definir el bien jurídico patrimonio en su *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, asume la concepción jurídico económica sin mayores matizaciones. La diferencia entre la justificación del carácter valioso de una situación o relación, que constituye el motivo del legislador al optar para su protección, y lo que constituye estrictamente el objeto de protección, se encuentra en la base de las distintas concepciones del patrimonio como bien jurídico-penal. La cuestión reside en determinar hasta qué punto ese substrato legitimador debe aflorar en la estimación material o sustancial del bien jurídico de cara a apreciar la lesión del mismo.

No es posible aquí examinar las distintas concepciones sobre el bien jurídico y sus consecuencias en la determinación del alcance de cada bien jurídico particular protegido en los tipos penales, pues ello requeriría una investigación independiente y de gran envergadura. Únicamente interesa poner de relieve la necesidad de revisar la congruencia entre las elaboraciones teóricas generales y la proyección de las mismas en el análisis del injusto de los tipos penales.

del tipo penal en cuestión (227), sino un mayor desarrollo de la reflexión sobre el patrimonio como bien jurídico y sobre los criterios del daño patrimonial en la estafa.

III. LA TEORIA DE LA FRUSTRACION DEL FIN

La denominada teoría de la frustración del fin se construye, como ha quedado expuesto, a partir del reconocimiento por la doctrina y jurisprudencia alemanas de la necesidad de atender a la dimensión individual del patrimonio, expresada en los objetivos o utilidades que pretende el titular al realizar una disposición patrimonial (228). En el ámbito de las prestaciones gratuitas, que constituye el campo específico de operatividad del criterio de la frustración del fin, el disponente pretende directamente el enriquecimiento unilateral del destinatario de su entrega económica, enriquecimiento ajeno correlativo al empobrecimiento propio, que sin embargo «satisface» el interés del disponente. Esta «satisfacción» solo puede entenderse contemplando los motivos o fines pretendidos con tal empobrecimiento, ya que, por definición, no puede hablarse de equivalencia de contraprestaciones, o de afluencia de otro valor económico equivalente al patrimonio del donante.

La estructura lógico objetiva de una prestación unilateral, no responde al paradigma de la reciprocidad económica que anima las transacciones patrimoniales onerosas. En éstas, la decepción de aquel presupuesto de reciprocidad da lugar al empobrecimiento que constituye el desvalor de resultado que la conducta engañosa desencadena motivando el acto de disposición de la víctima. En las prestaciones gratuitas la relación autor-víctima responde a otra lógica distinta, porque el disponente conoce de antemano la merma patrimonial. Ciertamente en las operaciones de contratación de servicios tampoco fluye al patri-

(227) Me refiero a la idoneidad del tipo común de la estafa para la acogida de la casuística general del fraude generado mediante engaño en el contexto comunicacional autor-víctima. Problema distinto es la necesidad de tipos complementarios para acoger modalidades defraudatorias a través de aparatos mecánicos o instrumentos informáticos, que hacen necesaria una tipificación especial ajustada a sus particularidades (el Proyecto de código penal 1992, art. 252.2, recoge junto a la estafa, la manipulación informática con resultado de perjuicio). Igualmente cuestión distinta es la conveniencia político-criminal de tipificación específica de fraudes o abusos en relación a subvenciones públicas, —materializada en el art. 350 del c.p.— supuestos en el que la dimensión pública de los recursos en cuanto a su vinculación funcional a fines de interés general en la actividad de fomento, hace que la perspectiva patrimonial resulte insuficiente para captar el interés necesitado de protección: la obtención de los fines específicos de la subvención en conformidad con el programa que instituye la ayuda pública. Aparte de las insuficiencias reales —en este caso sí— del tipo de estafa para acoger gran parte de las modalidades de fraude de subvenciones.

(228) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit. 77.

monio del titular un valor equivalente, y el disponente se «empobrece» objetivamente con la satisfacción de una necesidad o interés por el que paga un dinero. No obstante, la prestación médica, jurídica, cultural o de recreo, revierte en el bienestar, disfrute o utilidad inmediata del disponente. En las prestaciones gratuitas ese disfrute o beneficio se dirige a un tercero, por deseo del disponente, lo cual objetivamente supone una situación materialmente equiparable a la anterior desde la perspectiva de aplicación de los propios bienes a la obtención de los fines proyectados.

Actuaciones patrimoniales altruistas, que implican desembolso económico dirigido a ayudar a persona o colectivos económicamente necesitados, ó a subvenir la realización de un proyecto cultural o social, gratificar al descubridor de un tesoro arqueológico, premiar una acción de salvamento, etc. (229), pertenecen a la esfera del ejercicio razonable del propio señorío patrimonial, y la percepción común reconoce en ellas un carácter socialmente positivo. Por ello, la defraudación de los objetivos a los que se orienta la prestación, por concurrir engaño sobre la necesidad ajena, la verosimilitud de un proyecto, la identidad del descubridor o salvador, o la realidad objetiva de las conductas que motivan la gratificación, es considerada socialmente un timo inaceptable, de la misma entidad que otras modalidades de estafa (230). La traslación de esta percepción social a criterios jurídicos en la dogmática de la estafa, obliga ineludiblemente a renunciar a una interpretación económica estricta del daño patrimonial; el sentido dañoso tendrá que apoyarse en la frustración de los fines, cuya obtención hubiera satisfecho la congruencia lógica del desprendimiento económico.

El peligro de una excesiva subjetivización, y consiguiente inseguridad jurídica, al colocar en la voluntad o deseos del disponente el criterio de la relevancia penal de la conducta engañosa, obliga a establecer una serie de matizaciones que permitan la reconducción de la voluntad del sujeto a parámetros objetivables. En cuanto delito patrimonial, la estafa no puede acoger conductas que implican únicamente una lesión de la libertad de disposición, esto es la mera frustración de los motivos o expectativas que sobrepasan lo que objetivamente constituye el sentido

(229) Otros casos citados por la doctrina, en general refiriéndose a sentencias de los tribunales: regalos a un supuesto amigo que transmite saludos del pariente que está en el frente de guerra; la novia que entrega una cantidad a cuenta al novio que promete matrimonio; el taxista que no cobra el viaje porque se le hace creer que se trata de una acción de socorro; además de los variados supuestos de obtención fraudulenta de ayudas estatales. Cfr. CRAMER, *Vermögensbegriff*, cit., 214; MAIWALD, «Belohnung...», cit., 2780; WESSELS, *Strafrecht*, BT, cit., 132; LACKNER, LK, § 263, Rn. 164.

(230) En el contexto de este trabajo los ejemplos se limitan a supuestos de engaño previo, en la discusión sobre la aplicabilidad del tipo de estafa. En caso de ausencia de engaño inicial, asumiendo el receptor la misión de trasladar lo recibido a la institución o personas destinatarias de la ayuda, estaríamos en el ámbito de la apropiación indebida si el receptor (recolector de la donación, distribuidor de las ayudas...) incumple la obligación de entrega a sus legítimos destinatarios.

reconocible de la aplicación patrimonial. La «teoría de la frustración del fin» trata de establecer las pautas que permitan excluir la relevancia de ciertos fines o motivos personales cuando el engaño sobre los mismos no altera el sentido sustancial de la prestación patrimonial (231). En tal sentido coinciden tanto los autores que asumen una orientación económica como aquellos defensores de un concepto personal de patrimonio.

Me referiré en primer lugar a los intentos de fundamentación dogmática, particularmente en el seno de las concepciones económicas de patrimonio, que es donde se revelan las dificultades de encuadrar la perspectiva subjetiva, y posteriormente analizaré los criterios que se proponen para determinar qué fines deben estimarse irrelevantes.

1. Fundamentación dogmática

De acuerdo con las premisas de la concepción personal o funcional del patrimonio, el daño típico queda cifrado en la disminución del potencial económico del titular para la satisfacción de sus necesidades en sentido amplio. La consecución de la finalidad pretendida con la prestación gratuita, supone una aplicación congruente que satisface la propia función del patrimonio, por lo que queda descartado el daño patrimonial. Por el contrario, la frustración del fin implica la lesión de aquel potencial, y por consiguiente el daño típico. La «frustración del fin» pertenece al propio concepto de daño patrimonial, como merma de la capacidad funcional de los bienes. En las concepciones económicas de patrimonio, la perspectiva subjetiva, como se ha visto, se ubica también dentro del daño patrimonial, como criterio corrector del valor económico de la contraprestación, a fin de establecer la «equivalencia» de prestaciones. Pero cuando se trata de disposiciones gratuitas no cabe corrección alguna, porque no se pretende ninguna contraprestación (232), razón por la que la «finalidad» pasa a ser elemento constitutivo de la «compensación», o en su caso del daño patrimonial. O bien, si se mantiene que el daño patrimonial reside en la mera disminución económica, el fin pretendido con la disposición adquiere su protagonismo como objeto del engaño desplegado por el autor.

A. La obtención del fin como equivalente a la contraprestación

En la concepción jurídica de patrimonio, el fin pretendido en las donaciones se configura como el equivalente a la contraprestación en las

(231) Explícitamente apela a esta función de la teoría de la frustración del fin LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 171 y 173.

(232) Sobre estas insuficiencias, HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 87 s.

relaciones bilaterales (233), sin forzar la construcción formal del daño patrimonial propia de esta orientación. La acentuación de las pretensiones subjetivas del disponente como criterio decisivo para valorar el daño, conduce a tomar en cuenta tanto las pretensiones materiales como las finalidades inmateriales, como factor decisivo para estimar la existencia o ausencia de compensación patrimonial (234). Realmente no necesitan acudir a una teoría de la «frustración del fin», ya que tales criterios pertenecen a las premisas de su entendimiento del daño patrimonial. La clase de fines atendibles dependerá en principio de su idoneidad para ser considerados como pretensiones jurídicamente reconocibles.

El rechazo general de la concepción jurídica ya desde principios de este siglo, relegó su protagonismo a un momento histórico concreto, ajeno al desarrollo actual de la teoría de la frustración del fin. Paradójicamente, con la admisión de esta teoría, los representantes de la concepción económica o jurídica económica, se acercan, aunque sea en el ámbito reducido de las prestaciones gratuitas, a las explicaciones que ofrecía aquella concepción. Ilustrativa a este respecto es la construcción de Cramer, quien empeñado en mantener el esquema de la contraprestación compensatoria, propugna la equiparación de las obligaciones morales, o deberes convencionales según costumbre social, a las obligaciones jurídico económicas. La obtención del fin altruista, moral o social, constituirá la contraprestación de la entrega realizada, en tanto que se trata de satisfacer o dar cumplimiento a obligaciones morales o a deberes convencionalmente reconocidos («*Sitten und Anstandspflichten*»). La asunción de una obligación de tipo moral por parte del disponente constituiría una carga patrimonial similar a las obligaciones derivadas de una deuda (235). La simulación por parte del beneficiado, de la existencia de una situación material que genera en el disponente la decisión benefactora, en la creencia de que cumple un deber moral o social, convierte el desprendimiento patrimonial en autolesión patrimonial típica, ya que no se produce liberación de obligación alguna, al igual que ocurre cuando el estafador simula un crédito inexistente consiguiendo del hipotético deudor el pago correspondiente en la creencia de que con ello salda la obligación que gravaba su patrimonio (236).

(233) BINDING, *Lehrbuch, BT, I, cit.*, 354; MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen, II, cit.*, 212 ss.

(234) BINDING, *Lehrbuch, BT, I, cit.*, 357.

(235) CRAMER, *Vermögensbegriff, cit.*, 211 ss.

(236) CRAMER, *Vermögensbegriff, cit.*, 212, acude a la regulación del código civil sobre la validez jurídica de las disposiciones patrimoniales gratuitas (§ 534 y 814 BGB), para fundamentar la equiparación aludida. De hecho, según cita OTTO, *Die Struktur, cit.*, 59, n.º 118, en alguna ocasión el Reichstgericht (*RG HHR 1937, Nr. 535*) acogió el argumento de la «liberación de la obligación de ayuda» para la determinación del daño patrimonial, junto con consideraciones sobre la frustración del fin social.

Las críticas a la propuesta interpretativa de Cramer denuncian, con razón, su voluntarismo en el empeño por equiparar realidades distintas (237), y la insuficiencia de su construcción por cuanto dejaría fuera aquellas prestaciones gratuitas que no responden a un «deber moral», o a las convenciones sociales (238). Además de que lógicamente, como el mismo Cramer reconoce, aquellos deberes sólo pueden considerarse tales respecto a las personas que voluntariamente estén dispuestos a asumirlos (239), por lo que difícilmente pueden equipararse a las obligaciones jurídicas. Weidemann destaca que, por congruencia con las premisas económicas que Cramer asume, la estimación del daño o de la compensación patrimonial en base a valores «ideales» supone la ruptura de la unidad de criterio de valoración, que súbitamente equipara lo económico a lo moral (240). La liberación de una obligación moral o el cumplimiento de deberes convencionales sólo podrían considerarse de carácter patrimonial si se tratara de una obligación computable en el «Pasivo» del titular, lo que evidentemente no es posible (241).

La construcción de Cramer pretende contener la subjetividad implícita en el criterio de la frustración del fin, sometiendo el «fin» pretendido por el sujeto al esquema contraprestacional de cumplimiento de una obligación. La liberación de la carga «moral» o «social» aparecería como el efecto que revierte en beneficio del disponente, por lo que puede prescindirse de la concreta mención al «fin» pretendido (242). Para estimar el daño patrimonial lo decisivo sería —al igual que en las prestaciones unilaterales fundadas en una obligación jurídica real (243)— la simulación de las circunstancias que conducen a ese «deber moral» cuyo cumplimiento vendría a compensar la obligación. La imprecisión de lo que constituya la «obligación moral», su falta de relevancia jurídica, y la insuficiencia de tal criterio para abarcar la variedad de prestaciones gratuitas, impiden aceptar la propuesta de Cramer.

(237) GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 30; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 85.

(238) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 97; GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 30; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 85.

(239) CRAMER, *Vermögensbegriff*, cit., 214 ss.

(240) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 212.

(241) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 208; en sentido similar, HERZBERG, «Bewusste Selbstschädigung...» cit., 93 s.

(242) Y por lo tanto se deja de lado realmente la necesidad de acudir a la teoría de la frustración del fin, como señala HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 84.

(243) Por ejemplo la obligación jurídica de alimentos familiares, o la obligación jurídicamente establecida a cargo del Estado, de entrega de determinadas prestaciones sociales regladas, que generan el correspondiente derecho a la prestación en las personas que ostentan la condición de beneficiario.

El expediente del «equivalente ideal» de la contraprestación constituye sin embargo la explicación más frecuente en la doctrina alemana para fundamentar la frustración del fin como criterio decisivo para afirmar la relevancia penal de la disminución patrimonial (244). No se trata de equiparar obligaciones jurídicas a deberes morales, sino de tomar en consideración lo que el sentido común parece avalar: si la obtención del fin social impide afirmar la presencia de perjuicio alguno, *sensu contrario*, su frustración transmuta la pretendida donación en disposición perjudicial típicamente relevante.

En el intento de mantener la congruencia de las premisas económicas, otros autores tratan de justificar la relevancia económica de los fines sociales pretendidos por el titular, y a la vez excluir la relevancia de aquéllos que no tengan tal carácter. Lackner parte del principio de que toda pretensión o deseo cuya realización requiera la inversión de medios económicos tienen relevancia económica (245). El «homo oeconomicus» no solo persigue la satisfacción de intereses que reviertan económicamente sobre sí mismo, sino que también participa en la promoción de condiciones que mejoren la situación de sus semejantes o de la comunidad en la que vive, y por ello se reconoce socialmente la utilidad de las donaciones destinadas a fines sociales, cuya trascendencia económica es innegable. La frustración de tales fines sociales constituye por tanto una frustración económica, un daño patrimonial (246).

Para justificar que la «obtención del fin» constituye la contraprestación patrimonial adecuada a la entrega del disponente, Hack trata de responder a la cuestión de si no solo bienes materiales, sino también aquellos de orden inmaterial, pueden incorporar un valor económico (247). Acude Hack a numerosos ejemplos donde el disponente no pretende mantener el valor económico de su patrimonio, sino obtener una determinada satisfacción para lo cual debe pagar un dinero. El hecho de que exista una persona dispuesta a pagar por algo que en principio no tiene valor de mercado, dota a ese «algo» de una significación económica, porque para su consecución debe aplicarse un valor patrimonial: se trata normalmente de prestaciones personales, que en principio no tienen valor de mercado, pero que en determinado contexto resultan objeto de intercambio económico. Así por ejemplo la lectura de un texto de 10 líneas en privado, no tiene ningún valor patrimonial, pero en cambio

(244) Desde SCHROEDER, «Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug», *NJW*, 1962, 722, la doctrina mayoritariamente asume esta equiparación: Cfr. RUDOLPHI, «Das Problem der sozialen...», *cit.*, 319, 321 incluyendo a la jurisprudencia en esta perspectiva; GALLAS, «Der Betrug...», *cit.*, 435; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, BT*, *cit.*, 438.

(245) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 172.

(246) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170 y 174.

(247) HACK, *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug*, § 263 *StGB*, Berlin, 1982. 51.

cuando se contrata al lector para que lo haga en la radio, o más aún si se trata de una lectura en el marco de la publicidad de un producto, deberá pagarse una suma importante por esa misma prestación (248). Aun cuando se trate de un mero capricho, por oír cantar a alguien no famoso o por ver a un gimnasta hacer una pirueta, si se le pide que pague por ello, estamos ante contraprestaciones económicas; lo que significa que aunque se trate de fines que no tienen *a priori* un valor económicamente objetivable y que no implican por lo tanto ingreso patrimonial, su obtención constituye la contraprestación del dinero o valor patrimonial aplicado a tal fin, al igual que la frustración de éste da lugar a ausencia de compensación y por tanto a la aparición del daño típico (249).

La argumentación de Hack descansa en el principio de comercialización: todo objeto, prestación o situación cuya obtención requiere un desembolso económico, ostenta un valor patrimonial, aún cuando no sea trasladable al patrimonio del disponente, en tanto exista acuerdo entre las partes. En el amplio ámbito del consumo de bienes culturales, desarrollo de actividades de ocio, u otras en la que se involucran prestaciones personales de servicios, es patente que se paga por disfrutar de algo que revierte en mejora o descanso personal, y no en el propio patrimonio (250). El pensamiento del equilibrio o saldo compensatorio entre las prestaciones no puede valorarse en base al «mantenimiento» del valor económico de la masa patrimonial. El «saldo» compensatorio no viene dado por la entrada de valores económicos en el patrimonio del titular, en igual medida de lo que sale de su peculio, sino en definitiva en función de que se trate de acceder a objetos o situaciones que «cuestan» económicamente, independientemente de que puedan calificarse de patrimoniales o no. Aspectos «inmateriales» del bienestar personal cuestan dinero. En qué casos o en qué circunstancias, tales objetivos inmateriales compensan un desembolso, es algo que sólo puede contestarse teniendo en cuenta las decisiones personales de cada individuo. Como señala Weidemann, cuando se excluye el daño patrimonial porque se obtiene el fin social, pese al empobrecimiento económico, se está reconociendo que en definitiva lo que cuenta es la «libertad» personal; la concreta decisión del sujeto de aplicación de un objeto a un fin (251). La decisión libre de emplear su patrimonio a un objetivo de ocio, o para gratificar a una persona, o para ayudar a una asociación altruista, es lo que impide afirmar el daño patrimonial. Lo que es lo mismo que reconocer que la protección del patrimonio es protección de la autonomía del individuo para actuar con sus bienes de la forma que considere más conveniente para sus fines o utilidades particulares: únicamente desde

(248) HACK, *Probleme des Tatbestands*, cit., 52.

(249) *Ibidem*, 52 s.

(250) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 181; CRAMER, *SCH/SCH StGB* § 263, Rn. 139.

(251) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 214.

esta perspectiva funcional se integra con sentido y congruencia la atención a los fines del titular del patrimonio (252).

Gerhold avanza en el desarrollo del principio de comercialización como criterio para considerar el «fin» pretendido como contraprestación «económica». Para ello diferencia aquellos fines cuya frustración da lugar a un derecho a la devolución, resarcimiento o indemnización, de acuerdo con las previsiones del resto del ordenamiento jurídico (derecho privado, o derecho administrativo) y aquellos que no generan derecho a indemnización (253). Pretensiones o fines que no generan un reconocimiento jurídico de daño resarcible, o no dan lugar a la devolución de lo entregado, pertenecerían al grupo de los fines irrelevantes para el derecho penal, que de tal manera mantendría su coordinación con el resto del ordenamiento, sin sobrepasar su carácter de *última ratio* (254). La obtención del fin acordado entre las partes, en cuanto constituya el fundamento de la transacción patrimonial, se configura como la contraprestación adecuada que excluye el daño típico, y por ello su ubicación sistemática se encuentra en el plano de la evaluación de la lesión patrimonial (255). Pero la remisión a lo que pueda ser resarcible o recuperable según las previsiones de otros sectores del ordenamiento jurídico no resulta convincente para fundamentar el carácter «económico» del fin de la disposición. Por un lado, porque el hecho de que en el ámbito civil sean resarcibles los perjuicios morales no permite concluir que se trata de un perjuicio patrimonial (256); y por otro lado, porque en caso de fines ilícitos habría que negar el daño patrimonial, dejando al disponente desprotegido frente a quien engañosamente promete realizar una actividad ilícita para enriquecerse a su costa (257).

B. *La frustración del fin como teoría para delimitar los engaños relevantes*

El sector doctrinal que rechaza la exigencia de relación funcional entre el error y el perjuicio, (y por tanto el «desconocimiento del auto-perjuicio» como requisito típico implícito de la estafa) (258), tiene que recurrir a la teoría de la frustración del fin para restringir la amplitud del

(252) WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, cit., 214 s.

(253) Cfr. GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 37 ss., 43.

(254) *Ibidem*, 44.

(255) *Ibidem*, 53 s.

(256) Cfr. la crítica recensión de GRAUL a la monografía de GERHOLD, descalificando el pensamiento de la «comercialización» como panacea de lo que pueda considerarse «económico», GRAUL, GA, 1991, 285 ss.

(257) Respecto a la estafa sobre negocios ilícitos, *infra*, 2.D.

(258) *Supra*, II.2. c.b.a.

tipo penal así concebido. Efectivamente, en las entregas gratuitas, cualquier captación viciosa del consentimiento para la disposición patrimonial, permitiría afirmar la estafa, ya que el requisito de la merma económica viene dado por la naturaleza de la prestación unilateral. La sentencia del tribunal de Baviera sobre la donación a la Cruz Roja, aludida repetidamente, es una muestra de esta consecuencia. La teoría de la frustración del fin se reconoce como expediente útil en su función de acoger sólo los intereses económicamente relevantes y de excluir del ámbito de la estafa los engaños que recaigan sobre motivaciones colaterales o intereses de afección, como lo es la pretensión de ostentación o de mejora de imagen social (259). La frustración del fin no sería sino la constatación del engaño relevante, es decir constatación de la manipulación de la voluntad de la víctima, quien de haber conocido la realidad no hubiera llevado a cabo la disposición patrimonial.

Entendido de esta manera el significado de la frustración del fin, el desvalor de la conducta del autor parece proyectarse únicamente sobre la libertad del disponente, independientemente de la idoneidad de la maniobra para determinar la disminución económica y por tanto para afectar al patrimonio concebido en su dimensión de valor dinerario. La persona que quiere donar a una entidad benéfica, o quien establece una gratificación o premio por determinada conducta, o la institución pública o privada que instaura un programa subvencional, ha decidido ya la entrega gratuita. El engaño sobre las condiciones requeridas para ser el destinatario de la entrega, no genera error sobre el daño patrimonial, que en todo caso iba a producirse. Las críticas a la teoría de la frustración del fin que denuncian la volatilización del carácter patrimonial de la estafa (260), no pueden eludirse si se parte de que efectivamente el daño queda constituido por la simple merma patrimonial. Desde una perspectiva económica, o jurídico-económica, que no admita la individualización del daño en función de los fines del disponente, ciertamente queda sin aclarar dónde queda el desvalor de resultado, que en estos casos, como indica Mohrbotter, no pasaría de ser una mera condición objetiva de punibilidad (261). Pero incluso el propio desvalor de acción, en cuanto conducta objetivamente peligrosa *ex ante* para el bien jurídico protegido, quedaría desnaturalizado por cuanto no crea ni incrementa el peligro de lesión patrimonial (en sentido de saldo negativo). El engaño sobre la consecución del fin pretendido afectaría únicamente a la libertad de disposición, aspecto insuficiente para incluir la conducta dentro de la estafa. Únicamente concurriría el desvalor propio de la conducta incriminada en la estafa, si la víctima no hubiera decidido previamente el desprendimiento

(259) Así, LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 171.

(260) TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, cit., 309 ss.; GRASSMÜCK, *Die Subventionserschleichung*, Frankfurt a. M., 1988, 6.

(261) MOHRBOTTER, «Der Bettel-Spenden...», cit., 229.

patrimonial, es decir si el disponente accede a la entrega gratuita en base a las manifestaciones de necesidad de ayuda simuladas por quien pretende enriquecerse. Tal sería el caso del empleado que apelando a la supuesta muerte de un familiar en el extranjero logra que la empresa, o los compañeros de trabajo, le entreguen una cantidad a fondo perdido para los gastos de viaje y funeral (262).

Aún cuando a través de la exclusión de los fines meramente afectivos o colaterales se puedan excluir de la estafa los casos más flagrantes de irrelevancia del engaño, dogmáticamente no sirve para explicar, en la mayoría de los casos de prestaciones gratuitas, dónde reside la potencialidad lesiva para el patrimonio que debe contener la conducta engañosa tipificable como estafa. Explicación que por el contrario se facilita cuando se parte de que el daño patrimonial queda cifrado en la pérdida de la funcionalidad de la aplicación patrimonial (263).

De hecho, algunos autores que en principio consideran la frustración del fin como criterio que sirve para discriminar los engaños relevantes, acaban incluyendo la obtención o frustración del fin como elemento de la valoración del daño patrimonial en las prestaciones gratuitas (264). De forma ilustrativa Lackner concluye afirmando que desde una orientación económica del concepto de patrimonio, se asegura la unidad de criterio en la valoración del daño atendiendo a los intereses económicos del titular, corrigiendo hacia arriba o hacia abajo la valoración económica estricta. En las prestaciones recíprocas, la teoría objetivo-individual del daño patrimonial toma en cuenta los intereses económicos individuales de la víctima para afirmar el daño pese a la paridad económica de las prestaciones; en las prestaciones gratuitas, donde por definición concurre ya una pérdida de valor económico, es necesario deslindar los intereses de la víctima que sean económicamente irrelevantes, de manera que aunque se frustren éstos, la mera disminución patrimonial no sea suficiente para afirmar el daño típico (265). La teoría de la frustración del fin, no sería sino una manifestación de la perspectiva individual del daño, que corrige la evaluación estrictamente económica de la lesión patrimonial.

(262) Ejemplo similar al citado por WESSELS, *Strafrecht, BT, cit.*, 132.

(263) El propio TIEDEMANN, «Subventionsbetrug...», *cit.*, 910, reconoce que las críticas de incongruencia no son extensibles a la teoría personal del patrimonio, en cuanto que una vez concebido el daño de forma dinámica atendiendo a la función del patrimonio, la frustración del fin se incluye sin esfuerzo en el concepto de daño patrimonial. No obstante TIEDEMANN rechaza la concepción personal o funcional para definir el bien jurídico patrimonio cuando se trata de patrimonio privado.

(264) Así WESSELS, *Strafrecht, BT, cit.*, 127 y 132; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 171 ss.

(265) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 172.

2. Delimitación de los fines relevantes

A. *El fin acordado entre las partes, o el fin objetivable que dota de sentido a la prestación unilateral*

Se tome la obtención del fin pretendido por el disponente como contraprestación equivalente, o como factor que motiva la disposición y en cuanto tal, objeto del engaño, unánimemente se destaca la exigencia de que se trate del fin que dota de sentido a la prestación gratuita, haya sido explícitamente acordado o se derive del contexto en que se produce la disposición. La relación comunicacional entre víctima (o quien dispone en su nombre) y autor, situación fáctica específica de la estafa (266), sitúa precisamente el desvalor de la conducta en la falsa representación de la realidad objetiva o de las intenciones del autor. La dinámica típica arranca en ese momento, en el que a partir del engaño la víctima decide su acto de disposición. El dolo del autor requiere conocimiento del perjuicio derivado de la disposición del engañado, lo que significa que debe conocer la imposibilidad de realización del fin social previsto, —si se residencia en la frustración de éste la calificación de perjuicio típico—, además de la disminución objetiva del patrimonio de la víctima. La afirmación de la consumación o no del delito, en función de la realización del fin, requiere la clarificación del objetivo pretendido, esto es que sea percibido como tal por ambas partes de la relación.

Por ello, el primer y fundamental criterio de delimitación de los fines relevantes queda cifrado en el acuerdo explícito sobre los fines que el disponente pretende obtener (267), o en el sentido objetivo que comporta la prestación en cuanto fin inmanente, implícito pero claramente objetivable según «el sector de tráfico» o ámbito social en el que tiene lugar la prestación (268).

(266) Cfr. TURNER/GALLANDI, «Die Leistungsfähigkeit des Betrugs-tatbestandes order: Bedarf es immer spezialisierte Vorschriften im Wirtschaftsstrafrecht?», *JuS* 1988, 258 ss., destacando la importancia de atender a los distintos niveles de la información que se comunica, y los motivos de las representaciones incorrectas, particularmente en supuestos económicos complejos.

(267) MEZGER, «Anmerkungen zu einer Entscheidung des RG», *Deutsches Recht* 1940, 287; GERHOLD, *Zweckverfehlung*, cit., 40; HACK, *Probleme des Tatbestands*, cit. 53, 55; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 37; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, BT, cit., 123.; WESSELS, *Strafrecht*, BT, cit., 132.

(268) BOCKELMANN, «Zum Begriff...» cit., 464 ss.; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170: según el caso se tratará de la ayuda a personas necesitadas, o el desarrollo de una determinada actividad económica en un caso de subvención... etc. El fin objetivable será aquel que dota de «sentido» a la entrega: MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht*, BT, cit., 439; MOHRBOTTER, «Bettel-Spenden...», cit., 231: el fin social pretendido por las partes, no las motivaciones que hayan podido expresarse, u otras intenciones, sino el fin objetivo según el concreto ámbito social; WESSELS, *Strafrecht*, BT, cit. 132.

Excluida la relevancia de los fines que no pertenezcan al sentido objetivo (objetivable) de la prestación, o que no hayan sido acordados por las partes, debe aún establecerse qué fines son atendibles en el ámbito de la estafa, y qué criterios pueden utilizarse para la delimitación.

B. *Fines «económicamente razonables». Discusión sobre su significado*

Mediante el criterio del fin explícito acordado o del fin inmanente principal, realmente se acota la relevancia de los fines, excluyendo aquellos que confluyen en la motivación del disponente pero que sobrepasan lo que razonablemente constituye el sentido de la prestación.

No obstante, partiendo de los supuestos clásicos de donaciones destinadas a un fin social, y de subvenciones públicas, algunos autores cifran la relevancia de los fines a en su «razonabilidad económica» (269), lo que supondría excluir la aplicabilidad de la estafa a los supuestos de frustración de fines «no económicos». La primera cuestión a aclarar es el significado de «lo económico» en estos casos, pues obviamente tiene que tratarse de algo distinto a lo que se pretende en las transacciones de reciprocidad (270). Lackner defiende que desde parámetros económicos son relevantes las metas cuya realización requiere el traslado de recursos económicos allí donde sean necesarios para la mejora de condiciones de vida de otras personas o para fomentar las circunstancias económicas de la colectividad; la racionalidad del «homo oeconomicus» acogería no sólo las operaciones que revierten en su propio beneficio, sino también aquellas que redundan en beneficio del mundo en el que se desenvuelve (271). No hay duda de que se trata de una aplicación «racional» de las posibilidades que ofrecen los bienes económicos, y tampoco puede negarse que se produce un efecto económico en el destinatario, por el propio hecho de recibir recursos de esta clase, pero no se obtiene un resultado «económico» para el disponente. Salvo por ejemplo, cuando se trate de prestaciones del tipo de patrocinio cultural o deportivo, o en proyectos sociales, motivadas por la pretensión de favorecer la imagen pública de la empresa patrocinadora, que en última instancia pueden repercutir en ulteriores beneficios económicos (272).

(269) CRAMER, SCH/SCH *StGB*, § 263, Rn. 81; LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170; MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781.

(270) SAMSON *SK*, § 263, Rn. 157, denuncia la ambigüedad conceptual a que conduce un entendimiento que considere «económico» lo que en sí mismo es antieconómico para el disponente; equiparar fines sociales o beneficios de tercero a utilidades económicas resulta contradictorio.

(271) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 170.

(272) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 130.

Ahora bien, el fin inmanente a la prestación es la ayuda económica en la sufragación de los gastos de las actividades culturales que patrocinan.

Puesto que se trata de aplicación de recursos monetariamente evaluables, siempre concurre objetivamente mejora económica de otro como finalidad inmediata, aunque la motivación resida en otra pretensión. Como señala Hartmann, son aplicaciones económicas todas aquellas que se dirigen a obtener una mejora de las condiciones de vida, materialmente evaluables, se trate de condiciones del disponente o de un tercero. La mejora de condiciones pueden proyectarse sobre verdaderas necesidades, o simplemente sobre mejoras en el bienestar, facilitadas por la afluencia de valores patrimoniales (273). Lo que resulta difícil es imaginar una entrega unilateral que no tenga efecto económico como objetivo inmediato reconocible, incluso cuando la finalidad principal sea de carácter inmaterial. Supongamos un caso de donación a una organización o grupo religioso, con la finalidad de alcanzar méritos espirituales de acuerdo con el credo que profesa el disponente; junto a la finalidad inmaterial que motiva el desprendimiento, el sentido reconocible objetivo de la donación reside en la aportación a la entidad destinataria de un ingreso dinerario para su propio funcionamiento. Si el donativo se entregara con la finalidad explicitada de que se celebren funerales, misas o rezos, se estaría pactando una determinada prestación, que en ese círculo de actuaciones «cuesta» un dinero. Al igual que si el benefactor decide pagar a un músico para que ofrezca un concierto a los residentes de un asilo. El engaño sobre el destino del dinero o bien entregado, o sobre la actividad pactada, llevaría a la frustración de la finalidad pretendida, asumida por las partes.

No podría reconocerse carácter económico a la destrucción de valores patrimoniales por razones sentimentales, religiosas o por creencias ocultas. Por ejemplo la entrega de dinero como ofrenda para su incineración junto a otros objetos, o en la pira funeraria, que para el titular tienen un significado de purificación espiritual. Aun en estos casos, la captación engañosa de aquella entrega supuestamente para tales fines, cuando en realidad van a parar al bolsillo del simulador, no habría por qué excluir la protección penal a aquellas disposiciones patrimoniales, presupuesto el engaño suficiente (274).

(273) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 125 ss., 130 ss.

(274) Si entramos en el campo de las «creencias» se llega a un terreno resbaladizo sobre lo que pueda considerarse engaño objetivamente idóneo para generar error, lo que requeriría un análisis de las posibilidades de autoprotección de la víctima, según contexto cultural. Aparte de la problemática particular de los miembros de sectas o grupos similares, donde la subordinación psicológica y manipulación de la personalidad se gesta a lo largo de un tiempo, llegando a anular la autonomía de criterio personal, que nos acercan a la esfera de la autoría mediata de delitos de apropiación.

Por otro lado, el baremo de lo «razonable» tampoco resulta adecuado en la esfera de las prestaciones unilaterales. El criterio de lo que sea razonable para un tercero, según los usos sociales o el reconocimiento general del interés de la prestación (275), implicaría negar la autonomía individual en la selección de los fines de su conveniencia (276), dejando fuera de la protección penal la captación engañosa de fondos para fines no coincidentes con la lógica de lo que la mayoría de las personas pudiera considerar útil o con sentido. Particularmente en la esfera de la liberalidad, que puede proyectarse sobre objetivos realmente arbitrarios, caprichosos o extemporáneos, no cabe un patrón lógico, sino el reconocimiento de la diversidad de racionalidades. Tengamos en cuenta que no se trata de valorar la lógica o el absurdo de las intenciones del disponente, sino de determinar si la norma de prohibición que vehicula el tipo de la estafa alcanza a las conductas de enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno, engañando al titular sobre la posibilidad de obtener los fines aparentemente acordados. Lo decisivo será el carácter objetivable del fin inmediato, externamente reconocible, que la disposición patrimonial permite realizar.

El baremo de la «racionalidad» en cuanto a racional «para quién», debe decidirse desde la perspectiva del sujeto disponente. Pero una vez admitido como referente el fin pretendido por el sujeto, cabe, y debe, establecerse la racionalidad objetiva de ese fin en función de la idoneidad de la aplicación económica para alcanzarlo. Admitida cualquier racionalidad subjetiva, cabe exigir racionalidad objetiva en cuanto adecuación del medio —entrega económica— para el fin o aplicación inmediata pretendida.

Gerhold rechaza el criterio de la «razonabilidad económica» por su imprecisión (277), pero su propuesta de atender al principio de «comercialización» tampoco resulta convincente. Serían relevantes todas aquellas pretensiones cuya frustración diera lugar a un derecho a indemnización o a devolución de lo recibido, según las previsiones contenidas en otras ramas del ordenamiento jurídico (278). Criterio rechazable porque llevaría a considerar estafa la frustración de cualquier pretensión ligada a alguna condición que en el ámbito civil genera un derecho a indemnización (279), o que en el ámbito administrativo obliga a la devolución de

(275) Así MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781.

(276) En contra del criterio de la «razonabilidad» según pautas externas, HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, *cit.*, 121 s.; WEIDEMANN, *Kompensationsproblem*, *cit.*, 247.

(277) GERHOLD, *Zweckverfehlung*, *cit.*, 31.

(278) *Ibidem*, 37 ss.

(279) *Ibidem*, 39 s.: alude al caso de un viaje de vacaciones, frustrado en su finalidad de disfrute y relajación por la pérdida de las maletas, que civilmente genera derecho a indemnización también por el perjuicio moral; en base a este ejemplo pretende fundamentar la relevancia de los fines inmateriales en el campo de la estafa.

la subvención, aun cuando se obtuviera el fin que fundamenta el sentido de la donación o de la ayuda pública (280). Tal construcción conduciría a que el engaño sobre aspectos no sustanciales de la finalidad de la subvención desembocara en la afirmación del perjuicio patrimonial, confundiendo los ámbitos de ilicitud de los distintos sectores del ordenamiento jurídico.

Resulta imposible la diferenciación de fines relevantes en base al carácter «económico» del fin. Todo aquello que puede obtenerse, para sí o para otros, mediante la aplicación de bienes patrimoniales dota de sentido a la disposición económica, desde la perspectiva del titular, que es quien ostenta la decisión sobre los usos de su patrimonio. En las prestaciones unilaterales el detrimento patrimonial concurrirá cuando el destino o la efectiva aplicación de los recursos económicos entregados no se corresponda con el fin convenido por el titular. El criterio decisivo para delimitar los fines relevantes acordados, o implícitos en el contexto de la entrega, no puede ser otro que el de la idoneidad objetiva de la aplicación para la obtención directa de la finalidad pretendida (281).

C. Exclusión de los «intereses de afeción»

Existe acuerdo en principio en el rechazo de los «intereses de afeción» como relevantes, incluyéndose en este grupo los intereses «inmateriales», sentimentales, de mero capricho momentáneo, o que no se fundan en una base personal seria (282).

La trascendencia de la diferenciación de los fines en la prestación unilateral en realidad se limita a los casos de concurrencia de varios objetivos por parte del disponente. El rechazo de la relevancia de tales intereses se debe a que la entrega de un valor patrimonial se produce en un contexto en el que concurren otros fines objetivables que socialmente son lo que dotan de sentido inmediato a la prestación, mientras que los fines inmateriales no pueden aprehenderse o conseguirse sino a través de la realización de aquéllos. La frustración del interés de afeción no

(280) Por ejemplo, el engaño sobre el hecho de estar al corriente de las obligaciones tributarias, requisito que normalmente se exige para acceder a una subvención, no afectaría al fin primario del programa subvencional, aunque puede considerarse como fin colateral la delimitación de los destinatarios a quienes no tienen deudas con Hacienda. El problema sería distinto en el marco del delito específico de fraude de subvenciones.

(281) Si el fin pretendido es la mejora de la imagen pública, es evidente que su logro no puede ser inmediato, y que objetivamente lo que puede pretenderse es la creación de las condiciones que favorezcan tal efecto: este sería el fin concreto sobre el que puede pactarse un acuerdo. La frustración del fin residiría en el engaño sobre la creación de las condiciones que favorezcan el fin último pretendido.

(282) GALLAS, «Der Betrug...», *cit.*, 429.

desvirtúa el sentido de la entrega, si se ha obtenido el fin principal, externamente reconocible como fundamento de la prestación. Por ejemplo el caso del donativo a la Cruz Roja por motivos de ostentación, o la donación a un necesitado en la creencia de que es un músico venido a menos, o que comparte sus mismas simpatías políticas, o la decepción de la pretensión de obtener un título honorífico, o la presidencia de un club cultural, por la donación de una escultura al municipio, o por haber regalado entradas a un espectáculo a fin de inclinar las simpatías en una votación.

En la delimitación de las pretensiones relevantes, debe diferenciarse, como propone Weidemann entre fines y motivos de la entrega patrimonial. Serán «fines relevantes» aquellos que se obtienen directamente con la recepción por el destinatario, o como efecto inmediato de la conducta que debe desplegar éste. Mientras que no pasarían de ser «motivos» irrelevantes aquellos otros fines cuya consecución requiere «algo más», un efecto ulterior o una actividad distinta a la conducta asumida por el beneficiario (283). El receptor sólo puede comprometerse a lo que puede depender de su conducta, la entrega del dinero a la Cruz Roja, la realización de los estudios objeto de la beca correspondiente, la adquisición de vivienda habitual si se trata de una ayuda para tal fin. En las prestaciones de efecto inmediato, —donación a damnificados por una inundación— basta con que realmente se trate de un necesitado.

En la estructuración personal de los elementos que conforman un patrimonio, la posibilidad de obtención de los fines concretos que el titular pretenda, depende del rendimiento que le permiten esos bienes directamente. Los fines inmateriales que en definitiva se refieren a satisfacciones personales de orden interno no son objetivables, no pueden ser materia de acuerdo en una transacción patrimonial. La finalidad de descanso o disfrute de unas vacaciones no puede contratarse como tal, sino las características de un determinado lugar de descanso, o el tipo de música que se quiere adquirir. Igualmente en las prestaciones gratuitas la satisfacción moral o sentimental no puede tomarse como fin relevante de la entrega, sino el destino concreto acordado o implícito en el contexto real.

Como destaca Hartmann, motivos que en principio son de rango «no económico», pueden tener clara relevancia económica según contexto y sector de actividad que se trate: claramente los objetivos de propaganda y mejora de imagen en el ámbito comercial o empresarial se anudan a utilidades económicas de futuro (284). La atención al contexto particular es decisivo para la interpretación de la relevancia de los fines. Pero aquel objetivo de propaganda a través de la donación al equipo de fútbol local es el motivo y no la finalidad inmediata sobre la que pueda

(283) WEIDEMANN, *Kompensations problem*, 224 ss.

(284) HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung*, cit., 130.

o no engañarse o cuya frustración puede conducir al daño patrimonial. La congruencia final del desembolso ha de referirse al destino concreto de esa entrega.

D. *Los fines ilícitos*

Es clásica la discusión sobre la posibilidad de enmarcar en la estafa el incumplimiento de negocios prestaciones ilícitas o morales previa aceptación de reenumeración simulando la voluntad de llevarlas a cabo. Desde la concepción jurídico-económica se acepta en general la relevancia penal de tales conductas engañosas cuando la víctima se desprende de un valor patrimonial (pago previo por comercio sexual que no se lleva a cabo, pago de droga que el receptor del precio no posee o no piensa entregar, simulación de llevar a cabo una acción delictiva cobrando por anticipado...). En cambio se rechaza la estafa cuando la víctima del engaño lleva a cabo la actuación ilícita acordada con la expectativa, ilusoria, de cobrar según lo prometido, porque en este caso el reconocimiento del valor económico de la disposición viene vedado por su contrariedad manifiesta con el ordenamiento jurídico (285). Se trata de supuestos de prestaciones bilaterales, aunque una de ellas no obtenga reconocimiento jurídico a efectos patrimoniales. No obstante algún autor, como Maiwald considera que por la ilicitud del fin pretendido, estaríamos ante disposiciones unilaterales, «sin finalidad» jurídicamente reconocible, y por ello encuadrables en el esquema de la estafa de donaciones (286), y dentro de éstas, por tratarse de fin ilícito, habría que negar su relevancia a efectos de afirmar el daño patrimonial (287).

Tiene razón Lackner al negar la procedencia de la equiparación de entregas para fines ilícitos a las entregas donde el disponente es consciente del detrimento patrimonial. El hecho de que la finalidad sea ilícita no convierte automáticamente el acto de disposición en un desembolso sin sentido o fin alguno (*Zweckfrei*), y el daño económico se produce de

(285) Conclusiones generalmente aceptadas en la doctrina y jurisprudencia españolas: por todos, BAJO, «El delito de estafa», *cit.*, 1190 ss.; VALLE, *El delito de estafa*, *cit.*, 253. En Alemania las opiniones doctrinales divergen al respecto: una referencia a las distintas posiciones, en LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 242.

(286) MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781.

(287) MAIWALD, «Belohnung...», *cit.*, 2781, niega el reconocimiento del «sentido» razonable de la prestación, por su contrariedad al ordenamiento jurídico, criterio normativo que corrige la perspectiva individual de lo que fácticamente puede aparecer como pleno de sentido (*sinnvoll*) para el sujeto. CRAMER, *Vermögensbegriff*, *cit.*, 214, desde su construcción de las prestaciones unilaterales como «obligaciones morales», considera que el pago previo para la comisión de un delito, o negocio ilícito, no puede considerarse daño patrimonial porque el engañado es consciente de que su entrega no se fundamenta en ningún deber moral o social.

hecho cuando el fin ilícito no se obtiene (288). En los supuestos de mercado negro, contratación de una actuación delictiva...etc. La prestación pactada revierte en interés del disponente, según el esquema de reciprocidad. Prestaciones genuinamente gratuitas dirigidas a la obtención de fines ilícitos que no revierten directamente en beneficio del disponente no son impensables, aunque sean menos frecuentes. Por ejemplo, donaciones a asociaciones prohibidas, colaboración en campañas de propaganda xenófoba o racista... El esquema argumental anterior es igualmente trasladable a estos casos. La captación, mediante *engaño*, de una donación apelando a su hipotético destino para la compra de explosivos, acciones de sabotaje, o actividades terroristas, —excluidos los supuestos de extorsión o amenazas— constituiría delito de estafa. En el supuesto de que la donación se destinara efectivamente al fin pretendido, el donante incurriría en responsabilidad penal como partícipe de otro delito o como colaborador de grupos armados, pero ello no puede invalidar las anteriores consideraciones. Cuando el fin de la «donación» no se obtiene, por tratarse de una maniobra engañosa para enriquecerse a costa del «donante», debe afirmarse el daño patrimonial por la frustración del fin pretendido. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima. La prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría que reconducir —si fuera posible— la conducta dirigida a una finalidad delictiva (289). La motivación ilícita no desvirtúa la protección penal que contiene el tipo de estafa respecto a la integridad patrimonial de la víctima de engaños urdidos aprovechando los intereses reprobables que ésta pudiera albergar (290).

La atención a los fines del disponente desde la consideración funcional del patrimonio para la persona, no significa que a través de la estafa se proteja la libertad del disponente para obtener los fines que considere convenientes, sino su capacidad patrimonial para aplicar sus

(288) LACKNER, *LK*, § 263, Rn. 243.; En el mismo sentido, WESSELS, *Strafrecht, BT.*, *cit.*, 134.

(289) En caso de frustración del fin ilícito, cuando el autor del engaño en absoluto calculaba dirigir lo recaudado a tal destino, estaríamos normalmente ante una tentativa totalmente inidónea respecto al delito de colaboración con grupo armado, o en su caso, ante participación imposible, y por lo tanto ante la impunidad. Salvo que según las circunstancias del caos pudieran concurrir actos preparatorios punibles.

(290) OTTO, *Die Struktur*, *cit.*, 295: la protección penal del patrimonio no es el marco para una valoración moral de la conducta de la víctima, o de su conformidad con el ordenamiento jurídico; BOCKELMANN, «Zum Begriff...», *cit.*, 464: subraya que aunque efectivamente las conductas ilícitas o inmorales quedan fuera de los aspectos de la vida del individuo que pueden recibir protección jurídica, este principio rige tanto para el estafado como para el estafador, cuya conducta no puede dejar de considerarse penalmente ilícita.

bienes a la obtención de cualquiera de las múltiples utilidades que ofrece el valor de cambio económico que aquellos contienen. Entre estas posibilidades se encuentran también los fines ilícitos. La prohibición de lesionar otros intereses penalmente protegidos corresponde a otros preceptos penales, que entrarán en juego si así procede. De otra manera se estaría negando la protección penal del patrimonio que despliega el precepto de la estafa, en base a las inclinaciones ilícitas del titular, con la consecuencia de premiar al engañador astuto que aprovecharía su impunidad para enriquecerse a costa ajena (291).

No obstante la frustración de fines «ilícitos» en las prestaciones unilaterales podrán considerarse irrelevantes cuando concorra con otro fin principal cuya realización satisface el sentido fundamental de la prestación. Estaríamos de nuevo en la esfera de los denominados intereses de afección, preferencias o gustos del disponente, que sean o no lícitos, no constituyen el fin inmanente de la prestación. Por ejemplo, el constructor que realiza un importante donativo a una Fundación de ayuda a exdrogadictos, con la finalidad de obtener los favores del funcionario, miembro activo de aquella Fundación, que tendría que denegarle un permiso de obras pendiente de resolución.

E. *Restricción de la relevancia de los fines al ámbito del patrimonio público: La posición de Tiedemann*

Con anterioridad a la promulgación en Alemania de la Primera Ley contra la criminalidad económica, Tiedemann se manifestó contrario al criterio de la frustración del fin en el ámbito de la estafa, salvo que se tratara de prestaciones con fondos del patrimonio público, y en tanto no se diera una solución de *lege ferenda* más apropiada para los fraudes de subvenciones (292). Desde las premisas económicas del concepto de patrimonio, considera que la atención a las pretensiones subjetivas del disponente transmuta la estafa en un delito contra la libertad de disposición. Aunque admite que desde las orientaciones funcionales del patrimonio es congruente entender el daño desde la perspectiva de la frustración del fin social, rechaza la procedencia de tal concepción en la esfera de las actuaciones patrimoniales de los particulares por estimar que ello implica la introducción de grandes dosis de inseguridad jurídica y la volatilización del carácter patrimonial de la estafa (293). En cuanto que el particular no está obligado a la persecución de fines determinados, sus

(291) WESSELS, *Strafrecht, BT, cit.*, 134: negar la protección penal por la finalidad ilícita que mueve al disponente, sería conceder una patente de corso para el autor del engaño.

(292) TIEDEMANN, «Subventionsbetrug», *cit.*, 910 ss.

(293) *Ibidem*, 911.

pretensiones pueden ser racionales o irracionales, los fines personales son variables y pueden acumularse o retirarse a voluntad, lo cual conduce tanto a dificultades en la determinación del daño, como a dificultades para la evaluación del dolo del autor o para afirmar la concurrencia del ánimo de enriquecimiento ilícito (294).

Por el contrario, el patrimonio público se caracteriza por su vinculación a fines que afectan al bien de la generalidad, fines que son fijados normativamente, ajustados a prescripciones presupuestarias según los planes de la Administración. Los recursos económicos públicos no pueden concebirse estáticamente como un conjunto cuyo mantenimiento deba protegerse, sino que están abocados al gasto y distribución en un flujo circulatorio constante, que no pretende la obtención de ganancias económicas sino la satisfacción de los cometidos propios de la Administración, de acuerdo con los fines legalmente establecidos. El conjunto patrimonial en cuanto recursos circulantes se renueva mediante los ingresos que afloran básicamente a través de los tributos, cuya legitimación proviene de esas funciones que debe desempeñar la Administración en la promoción de objetivos de interés general (295). Por ello, concluye Tiedemann, el concepto de patrimonio no puede ser el mismo cuando se refiere a la economía pública que cuando se trata de la economía privada, puesto que ambas se inspiran en lógicas diferentes. En el ámbito penal estas diferencias permiten mantener que únicamente respecto a los recursos públicos pueden considerarse relevantes la «libertad de disposición» y los «fines de la prestación» en cuanto objeto digno de protección. En consecuencia, considera inevitable la adopción de un doble concepto de patrimonio en el marco de la estafa, dinámico y funcional cuando se trata del patrimonio público, y estático económico cuando se trata del patrimonio público (296). A su juicio, esta inevitable escisión del concepto de patrimonio y de daño patrimonial solo podría evitarse con el desplazamiento de la estafa de subvenciones a un precepto específico, lo que efectivamente tiene lugar en 1975 con la introducción en el código penal alemán del § 264, «*Subventionsbetrug*», a continuación de la estafa común (297).

La restricción del § 264 del código penal alemán a las subvenciones públicas dirigidas al fomento de la economía, no eliminó, sin embargo, la aplicabilidad del tipo común de la estafa del § 263 a otras subvenciones públicas (sociales y culturales), por lo que la necesidad de mantener un doble concepto de patrimonio en el marco de la estafa, a juicio de

(294) *Ibidem*.

(295) *Ibidem*, 911 s.

(296) *Ibidem*, 912.

(297) Es patente la influencia de TIEDEMANN en la redacción del actual § 264, a través de su participación como miembro de la Comisión de Expertos para la lucha contra la criminalidad económica (1973). Cfr. Las Recomendaciones de dicha Comisión, recogidas como apéndice en TIEDEMANN, *Subventionskriminalität*, cit., 370 ss.

Tiedemann, seguiría teniendo fundamento (298). El daño patrimonial en las subvenciones públicas incluibles en el § 263 quedaría constituido por la frustración del fin propio del programa subvencional. En relación a las prestaciones privadas, en tanto no se trate de patrimonios jurídicamente vinculados a fines, la apreciación de la estafa sería dogmáticamente improcedente en la mayoría de los casos, según la interpretación de Tiedemann.

Su reluctancia a admitir una concepción funcional para el patrimonio de titularidad privada, se basa en la supuesta dificultad de precisión de los fines individuales, y en la irrelevancia jurídica de los deseos particulares en el marco de la estafa. Ciertamente en contraste con las finalidades establecidas normativamente en el sector público, es evidente que existe una diferencia: el interés general en la obtención de los fines específicos a que se destinan los recursos públicos, y en que éstos se apliquen conforme a legalidad (299). El patrimonio público es efectivamente patrimonio vinculado a fines que se fijan (o deben fijarse) taxativamente en el programa subvencional que se hace público, previa asignación presupuestaria; la concesión de las ayudas requiere un determinado procedimiento administrativo, legalmente determinado; tanto la instauración de los programas subvencionales como la concesión concreta quedan abiertas a posibilidad de recursos jurídicos administrativos y jurisdiccionales. El hecho de que se trate de recursos públicos, destinados a la consecución de objetivos de política económica, social o cultural, respaldados constitucionalmente, dota a las ayudas públicas de una dimensión supraindividual que justifica una protección penal dirigida expresamente a asegurar el cumplimiento de los fines legalmente fijados. La previsión específica de la incriminación de la obtención o disfrute ilícitos de subvenciones públicas (300), adquiere su legitimación político-criminal en las consideraciones aducidas, constituyéndose como objeto de protección específica la congruencia final de

(298) TIEDEMANN, *LK*, § 264, Rn. 9.

(299) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, *cit.*, 376 s. destaca la dimensión política de la protección de la correcta aplicación de los recursos públicos, proponiendo que las conductas que afecten este interés se ubiquen dentro del grupo de delitos que afectan a las funciones del Estado en su vertiente constitucional de «Estado social».

(300) Así en el art. 350 del c.p., y en el § 264 del c.p. alemán. Las particularidades de las subvenciones justifican que estos tipos se presenten aligerados de aquellos requisitos clásicos de la estafa, cuya prueba se muestra difícil en la práctica. La especificidad de las ayudas públicas justifica la ampliación del campo de protección respecto a la estafa común, prescindiendo de la exigencia de engaño-error, así como del elemento subjetivo «ánimo de lucro» o «ánimo de enriquecerse». La decisión de penar la imprudencia en este campo, como ocurre en Alemania y en Portugal, algo impensable en la estafa clásica, sólo puede justificarse —aún cuando político-criminalmente sea discutible— por la especificidad de la función de los recursos públicos.

las subvenciones que se otorgan: la obtención de los fines específicos del programa subvencional.

Del reconocimiento de la especial dimensión de los fines públicos, no se deriva sin embargo la consecuencia de que el patrimonio privado deba concebirse estáticamente. Como Hack se encarga de destacar, los patrimonios privados también son circulantes, también existe una planificación y organización racional de recursos y de fines, —máxime en sociedades y empresas—, aunque no exista un control de legalidad o control político de las actuaciones patrimoniales (301). El hecho de que los fines fijados para los recursos públicos reciban una consideración especial, no invalida la realidad de que la significación del patrimonio para cualquier titular reside en la funcionalidad de los bienes para la satisfacción de los fines o intereses particulares. Lo que sí debe destacarse, y éste es el punto donde resulta ilustrativa la construcción de Tiedemann, es que la protección penal no tiene por qué dirigirse a asegurar la obtención de los fines concretos que el particular decide, mientras que el patrimonio público si merece esa protección en el ámbito de las subvenciones. Lo cual es perfectamente compatible. Pero cuando desde la perspectiva funcional se toman en cuenta los fines pretendidos por el titular, no es porque se quiera dotar de protección a la efectiva realización de aquellos fines, sino porque se le garantiza la indemnidad del potencial funcional de su patrimonio frente a injerencias engañosas que mermen su capacidad para la obtención de cualquiera de los diversos fines que pueda pretender el titular dentro de sus posibilidades de elección (a salvo de las matizaciones sobre los fines patrimonialmente irrelevantes). Lo que se protege es la potencialidad del patrimonio para servir a los fines que establezca su titular, aunque para el ordenamiento jurídico sea indiferente el fin específico que pretende en cada momento el disponente. Por eso el daño patrimonial surge cuando el detrimento económico supone reducción de posibilidades de alcanzar fines diversos. En cambio, cuando se trata de medidas públicas de fomento, que instauran un programa de subvenciones, el fin que se pretende obtener se constituye en objetivo socialmente valioso, que sobrepasa la mera consideración patrimonial de mantenimiento de la funcionalidad del patrimonio público. Se trata de programas de política económica, social o cultural, cuyo desarrollo y efectiva realización alcanzan una trascendencia de orden distinto a los objetivos que un particular puede pretender con las aplicaciones de su patrimonio. En este sentido puede entenderse la afirmación de Tiedemann de que únicamente en el ámbito público puede defenderse la conveniencia de proteger «la libertad de disposición», en cuanto que se protege la realización de los fines decididos por la Administración titular de los fondos asignados. La frustración del fin subvencional no sería un simple criterio de evaluación del daño patrimonial, en cuanto detrimento del potencial funcional del patrimonio, sino el resultado lesi-

(301) HACK, *Subventionsbetrug*, cit., 29 s.

vo del interés cifrado en la correcta ejecución de los planes subvencionales de la Administración (302). La consecución del fin político-económico que anima la subvención constituye el interés digno de protección específico en el fraude de subvenciones. Ahora bien, en el marco de la *estafa*, es decir, cuando la conducta enjuiciada no pueda integrarse en el tipo del fraude de subvenciones, las consideraciones anteriores quedarán enmarcadas dentro de la evaluación del daño patrimonial.

3. Conclusiones. Referencia a la problemática de las subvenciones

Las captaciones de prestaciones *unilaterales* podrán tipificarse como estafa cuando el engaño desplegado por el autor oculte al disponente la decepción del fin acordado, o implícito según contexto, que el disponente persigue obtener con el desprendimiento gratuito. Al igual que en las transacciones bilaterales, no es suficiente la captación viciosa del consentimiento de la víctima del engaño, sino que se requiere la confirmación del detrimento patrimonial. En este punto la frustración del fin que dota de sentido a la prestación, constituye el criterio decisivo para afirmar la pérdida relevante del potencial económico de la víctima, cifrada, no en la mera disminución objetiva del valor patrimonial, sino en la pérdida de sentido de la aplicación patrimonial. La decepción del fin, constituye el componente subjetivo de la pérdida patrimonial, puesto que el valor del bien dispuesto descansaba, para el titular patrimonial, en su idoneidad objetiva para lograr, en aquel momento, aquella utilidad. El engaño sobre aspectos distintos al fin acordado, que no conducen a la frustración de éste, son irrelevantes. En estos casos no se produce lesión patrimonial, pese al empobrecimiento económico. Porque el elemento patrimonial del que se ha desprendido el disponente ha cumplido la función prevista por éste, y por lo tanto no se le ha perjudicado en el potencial funcional de su patrimonio.

Concebido el patrimonio como el potencial de valores económicos que disfruta una persona, sin oposición del ordenamiento jurídico, que le garantiza su desarrollo personal de acuerdo con la estructuración de objetivos y fines que el titular establece, la dimensión subjetiva de utilidad individual constituye elemento imprescindible en la valoración del daño patrimonial. La lesión patrimonial concurre cuando se merma aquel potencial económico para la obtención de los fines pretendidos. Por ello, en las prestaciones bilaterales no es suficiente la frustración del fin o utilidad pretendida para afirmar el daño, sino que además es necesario que se afirme el detrimento del potencial económico para alcanzar

(302) TIEDEMANN, *LK*, § 264, Rn. 8, admite que la «libertad de disposición» como tal no es el objeto de protección, ya que en todo caso esa «libertad» se encuentra determinada normativamente, y no se protege en sí misma.

aquellos fines, lo que ocurrirá únicamente, o bien cuando no existe contraprestación alguna, o bien cuando la contraprestación recibida no sea susceptible de ser aplicada de nuevo —mediante su transformación, sustitución o reventa— para la obtención del fin inicialmente frustrado.

La concreción del fin perseguido resulta necesaria para evaluar la obtención o en su caso la frustración de la utilidad perseguida. Ello no significa que la protección penal del patrimonio se dirija a garantizar o proteger la realización de los fines concretos que fija el titular. Lo que se protege es el mantenimiento del potencial económico funcional para la persona, que disminuye cuando tras la disposición se produce un «saldo negativo» respecto a los fines que antes de la entrega el titular estaba en condiciones de obtener. Por ello, incluso la defraudación de fines ilícitos constituye daño patrimonial si comporta aquella merma del potencial funcional.

En relación a las subvenciones públicas, la captación engañosa constituirá delito de estafa cuando se dirija a la frustración del fin subvencional. No obstante la fenomenología de las subvenciones con frecuencia presenta una complejidad que impide tal tipificación. Por un lado, debido a dificultades prácticas de determinación del fin específico de la subvención, cuando se pretenden varias clases de fines, o cuando cabe interpretaciones ambiguas; en ocasiones la precisión prolija de requisitos y condiciones favorece la confusión y la apelación al error que, vencible o invencible, excluiría el dolo, o en su caso el ánimo de lucro. Por otro lado no puede apreciarse la relación funcional entre engaño, acto de disposición y perjuicio cuando la obtención ilícita de una ayuda ha sido facilitada por la complacencia o connivencia del funcionario encargado de la concesión (303). Que estas dificultades prácticas impidan la tipificación como estafa de conductas irregulares en la captación de subvenciones no es necesariamente insatisfactoria. El control que despliegan las sanciones administrativas puede ser suficiente, y preferible desde el principio de mínima intervención del derecho penal, al menos respecto a multitud de subvenciones culturales o sociales. La estafa sería aplicable a los supuestos más flagrantes. Ahora bien respecto a las subvenciones de mayor entidad, las dificultades señaladas son precisamente las que han motivado la creación de los preceptos específicos de fraude de subvenciones, que limitan su campo de aplicación a los supuestos

(303) Sobre la variedad de modalidades de captación ilícita de subvenciones y los problemas de su encuadramiento en la estafa. Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, BT, Reinberck bei Hamburg, 1976, 78 ss. En nuestro país estas insuficiencias fueron destacadas ya por MARTÍNEZ PÉREZ, «Acercas de la conveniencia», *cit.*, 445 ss. y por ARROYO, *Delitos contra la Hacienda Pública*, *cit.*, 31 s.

considerados más graves, prescindiendo en su configuración típica de la exigencia de engaño al disponente (304).

Las dificultades prácticas apuntadas constituyen la causa de la introducción del delito específico de fraude de subvenciones en Alemania, y posteriormente en otros países, como el nuestro. Pero al argumento pragmático se añaden otras consideraciones político criminales que, en el plano valorativo del interés mercedor de protección, se basan en la necesidad de garantizar el normal desarrollo de los planes públicos de fomento, incriminando la adulteración de los fines subvencionales por quien accede a los recursos públicos sin reunir las condiciones establecidas (305). El objeto de protección supera la dimensión patrimonial, incluso aunque se conciba el patrimonio en su dimensión funcional. Se trata de proteger la efectiva obtención de fines concretos, fijados por el organismo otorgante, y de acuerdo con las características del plan subvencional que instaura las ayudas. La lesividad de la conducta supera el nivel de perjuicio de la funcionalidad de los recursos públicos, aunque evidentemente concurre también esta lesión. Nos encontramos en el plano de intereses supraindividuales, institucionales, relativos a funciones determinadas de la Administración en materia de distribución y ejecución de recursos patrimoniales de acuerdo con la planificación de medidas de fomento (306).

El precepto que regula el fraude de subvenciones configura un delito sui géneris, que pertenece a la esfera de los delitos económicos en

(304) El legislador español optó por un criterio cuantitativo: subvenciones superiores a 2,5 millones de pesetas (art. 350). El criterio seguido por el legislador alemán en la creación del § 264 —fraude de subvenciones— atiende al carácter económico de la subvención, limitándose a las ayudas a empresas o sociedades de intervención económica. El § 264 alemán contempla la conducta de simple actividad, falsedad u ocultamiento de requisitos esenciales, acogiendo incluso la responsabilidad por imprudencia. En Portugal, la incriminación del fraude de subsidios o subvenciones, recogido en ley penal especial, no establece limitación alguna ni por clase de subvención ni por cuantía, e incrimina también la modalidad culposa, (art. 36 del Decreto-ley n.º 28/84 de 20 de enero, que modifica la legislación en materia de infracciones económicas y contra la salud pública).

(305) Además de la incriminación de la llamada «malversación de subvenciones» (art. 350, 2, c.p.), incluida también en el § 264 del código penal alemán a través de la definición de las «condiciones sustanciales» (§ 264, (7). 2), que incluyen aquellas que puedan motivar la prolongación o la renovación de la ayuda.

(306) Como señala PEDRAZZI, «Problemi di tecnica legislativa», en PEDRAZZI: *et aliter, Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 33, la nocividad de las conductas que buscan enriquecimiento a costa de las finanzas públicas no puede medirse en términos de daño patrimonial inflingido al ente otorgante de la subvención, sino en términos político-económicos de desviación de recursos, de impedimento de la consecución de objetivos programáticos.

sentido estricto (307), y en realidad también al campo de los delitos contra la Administración en la gestión de recursos económicos (308). Respecto a la estafa, puede afirmarse su parentesco, desde una concepción funcional de patrimonio, porque también se produce aquella merma del potencial económico derivada de la frustración de los fines. Al igual que en otros delitos económicos, permanece un cierto componente patrimonial, aunque éste sea insuficiente para comprender la peculiaridad de la nueva figura (309). El precepto de la estafa se sitúa en una relación de subsidiariedad respecto al precepto que regula el fraude de subvenciones. En la práctica, la captación fraudulenta de subvenciones superiores a la cuantía fijada en el art. 350, únicamente podrá tipificarse bajo esta norma, cuyos requisitos típicos son menores que los de la estafa. Cuando la cuantía de la ayuda pública sea inferior, entrará en juego el tipo de la estafa caso de que concurran los requisitos del art. 528. En otro caso, la conducta ilícita permanecerá en el campo de las infracciones administrativas (*).

(307) No es el momento de entrar en mayores matizaciones sobre la naturaleza de este delito; no obstante a mi juicio, puesto que el art. 350 no excluye las subvenciones culturales o sociales superiores a 2,5 millones de ptas. la calificación como delito económico estricto —aquel que protege el intervencionismo estatal en la economía— no es del todo correcta.

(308) Como propone AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., 380.

(309) BAUMANN, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität», *JZ* 1983, 937.

(*) La realización del presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación sobre «Incrimación penal en materia de gasto público, la problemática de las subvenciones», financiado por la Universidad del País Vasco, 1991.

La Ley Orgánica 4/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales

BARTOLOME VARGAS CABRERA

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Guadalajara

I. INTRODUCCION

La Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio se titula «Sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores». Como su nombre indica y se desprende de los dos artículos, 5 Disposiciones Adicionales, 1 Transitoria y 2 Finales que la integran, supone una reforma en profundidad de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, ahora pasa a llamarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores. En la Exposición de Motivos se reconoce que estamos ante una reforma urgente «que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores que será objeto de medidas legislativas posteriores», aunque en realidad nos hallamos ante una legislación novedosa en la mayoría de las modificaciones que ofrece. En cualquier caso los nuevos preceptos deben complementarse con aquellos otros del Decreto mencionado que aún conservan su vigencia, originándose dudas interpretativas derivadas del tenor literal de estos últimos, al estar insertados en unos esquemas normativos ya sustituidos.

La tarea hermenéutica se complica porque a su vez los artículos que ahora se promulgan han de integrarse con las disposiciones normativas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Disposición Adicional segunda. No siempre queda claro cuales son las especificidades que se establecen, sobre todo en el orden procesal, y cual es el exacto alcance de esta remisión supletoria. Téngase en cuenta que

el reenvío es a todo el Código punitivo y a la totalidad de la vigente Ley procesal, sin mayores concreciones y para lo «no previsto expresamente en esta ley....».

La ubicación sistemática de las reglas jurídicas estudiadas es asimismo discutible. Todas ellas se cobijan en la ahora llamada Ley Orgánica de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, que es en definitiva una ley especial diseñadora de un procedimiento asimilado al proceso penal pero al margen de los preceptos procesales de la ley de 1882 y de unos preceptos jurídico-penales situados en el extrarradio de nuestro primer cuerpo punitivo. En todo caso se trata de una Ley sobre competencia y procedimiento, y por tanto de naturaleza procesal, en la que indistintamente se agrupan prescripciones normativas pertenecientes al derecho penal sustantivo unas, y al propio ordenamiento jurídico-procesal otras; y todo ello manteniéndose la configuración sistemática en capítulos que se establecía en el caduco Decreto de 1948.

En la nueva ley se abordan concretamente las cuestiones atinentes al llamado derecho penal juvenil o reforma de menores y la regulación de un nuevo procedimiento para su aplicación. Respecto a las nuevas normas de derecho penal sustantivo solo se nos dice en la Exposición de Motivos que las medidas aplicables a los menores que hayan realizado hechos tipificables como infracciones penales, han de ponderar especialmente el interés del menor, están sometidas a un límite temporal de duración y son revisables, cabiendo la posibilidad de suspender el fallo. No hay más argumentación en torno a los presupuestos de aplicación de las mismas, responsabilidad del sujeto activo de las conductas punibles y naturaleza en la que se inspiran. En cuanto al enfoque procesal se nos apunta que nos encontramos ante un proceso especial por razón de los sujetos y con todas las garantías derivadas de las normas constitucionales, asimilado al proceso penal, y desdoblado en una investigación a realizar por el Ministerio Fiscal con el fin de preservar la imparcialidad del Juzgador, y en unas amplias facultades de éste para aplicar con flexibilidad las medidas mencionadas, no sólo en la resolución final, sino con anterioridad tratando de paliarse los efectos nocivos del proceso en el menor. Ya veremos hasta qué punto se cumplen los deseos del legislador respecto de estas últimas afirmaciones.

Debe constatar en este apartado introductorio que por encima de las críticas que puedan formularse el nuevo texto, ha venido a satisfacer una necesidad apremiante sobre una y otra materia. La confusión reinante era notable al disponerse sólo de la legislación de 1948, desacompañada con las nuevas concepciones acerca de la reforma de menores y en desacuerdo con las garantías procesales previstas en la norma fundamental, como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Constitucional de 14-2-1991. Disponiéndose al fin de un cuerpo normativo actualizado, el esfuerzo ha de centrarse en proponer una interpretación razonable de las nuevas normas, integrando las subsistentes de la legis-

lación anterior y los preceptos innovadores en los ordenamientos penal y procesal vigentes.

II. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE MENORES

1. Conductas punibles realizadas por mayores de 12 años y menores de 16

El artículo 9.1.^o reformado de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (ahora LO reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, en adelante LORCPJM), prescribe que los Jueces de Menores son competentes para conocer «de los hechos cometidos por mayores de 12 años y menores de la edad fijada en el Código Penal a efectos de responsabilidad criminal, tipificados como delitos o faltas en las leyes penales». Examinaremos seguidamente los términos de esta definición que configura el presupuesto de aplicación de las medidas de reforma previstas en la Ley, y es el criterio determinante de la competencia de los Juzgados de Menores junto a la hipótesis que más adelante estudiamos.

A) «... hechos cometidos...»

La primera reflexión que debe hacerse es la de que el legislador a la hora de precisar el ámbito del llamado derecho penal de menores y sus características, esgrime como postulado básico el principio del hecho. Solamente acciones singulares y no modos de comportarse van a ser los enjuiciados por los Juzgados de Menores, extendiéndose así la garantía del principio de legalidad propia de las normas punitivas a la materia que comentamos. Se han suprimido con acierto en la reforma los otros dos supuestos contemplados en el antiguo artículo 9. 1.^o c) que aludía a los menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos. De otra parte la antigua expresión «acciones u omisiones atribuidas...» de la norma derogada se sustituye por la apuntada que, aunque menos descriptiva, comprende también sin duda las omisiones, dada la amplitud con que en la doctrina penal se interpreta el vocablo «hecho».

B) «...por mayores de 12 años y menores de la edad fijada en el Código Penal a efectos de responsabilidad criminal...»

Los sujetos activos de las acciones atribuidas a la competencia de los Juzgados de Menores han de ser personas comprendidas entre estas edades, (obsérvese que no se habla expresamente de 16 años probablemente por la posibilidad de modificar la edad penal en el nuevo Código), que las hayan realizado justamente en el ámbito temporal incluida entre una y otra. Quedan excluidas así las conductas punibles llevadas a cabo con anterioridad a los 12 años (a ellas se refiere el art. 9.1.^o, 2) que más adelante comentamos, aunque el menor sea puesto a disposición del Juzgado una vez cumplida esta edad. Asimismo se incluyen en el radio

de acción de la norma las acciones tipificadas en las leyes penales cometidas por los sujetos en el lapso de tiempo comprendido entre los 12 y 16 años, aún en el supuesto de que el joven infractor sea puesto bajo la jurisdicción del Juzgado una vez cumplidos los 16, como también veremos más adelante al comentar los artículos 18 y 20 subsistentes del Decreto del 48.

C) «...tipificados como delitos o faltas en las leyes penales»

A diferencia de lo que ocurría en la norma derogada (Art. 9.1.º b) y 10) de la Ley del 48, ahora se requiere que los hechos realizados por el menor se hallen tipificados como delitos o faltas. Se reafirma aquí, como antes esbozaba, el principio de legalidad con todas sus consecuencias en la legislación de reforma y con el mismo rango con que se encuentra formulado en el derecho penal vigente. Por ello las nuevas normas definidoras de estas conductas y reguladoras de sus consecuencias pertenecen sin duda al ordenamiento punitivo, dado que la infracción penal es presupuesto ineludible de las medidas que se preveen en los nuevos preceptos. Debe subrayarse que la expresión «tipificados» supone que se podrá incoar el expediente, cuyas líneas estructurales seguidamente expondremos, con la mera comprobación de la tipicidad penal de las acciones denunciadas. Será en la fase intermedia o en la audiencia cuando se depuren, en su caso, las causas de justificación, inculpabilidad o de exclusión de la penalidad. Entendemos que para la aplicación de las medidas, la conducta además de típica ha de ser antijurídica, no concurrir en ella causas de inculpabilidad o de exención de la pena, como se desprende del régimen del sobreseimiento, del que más tarde daremos noticia, y de una razonable interpretación de los nuevos preceptos que no pueden hacer de peor condición al menor de edad sobre el mayor en relación con las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal. Finalmente consignar en este apartado que la reforma ha abolido las excepciones que se contenían en la anterior legislación relativas a los delitos militares, hablándose ahora con sentido omnicomprendivo de «leyes penales». Tampoco se hace distinción entre delitos o faltas perseguibles de oficio o a instancia de parte, por lo que en principio ambas clases de infracciones habrán de considerarse incluidas en los contornos de la definición.

En el párrafo segundo del número primero del nuevo artículo 9 se contiene una norma complementaria de los límites temporales antedichos: «cuando el autor de los citados hechos sea menor de 12 años será puesto, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores». Aquí radica la diferencia esencial en cuanto a sujetos sometidos al ámbito competencial de los Juzgados de Menores con las normas derogadas. En ellas resultaban sometidos a la jurisdicción de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores los autores de delitos y faltas menores de 16 años sin ninguna referencia temporal adicionada. En las nuevas prescripciones legislativas se contemplan desde distinta perspectiva las acciones penales antes y después de los 12

años, siendo indicativa esta frontera de que el legislador construye entre los 12 y 16 años una suerte de responsabilidad o formulación de exigencia al menor que permite la aplicación de las medidas a que nos referiremos en comentarios siguientes; medidas que además se imponen a través de un proceso rodeado de las mismas garantías que el proceso penal a cuya estructura se asimilan y que refuerza las ideas expuestas. La suspensión del fallo y su revocación ante los incumplimientos del pacto de reparación del menor, abundan en similares reflexiones en torno al fundamento subjetivo de las consecuencias previstas para la comisión de delitos o faltas por personas comprendidas en las edades aludidas.

Las mismas acciones constitutivas de infracción penal despliegan muy diferentes consecuencias sustantivas y procesales cuando los autores se encuentran por debajo del límite de los 12 años antes citado. Según el precepto comentado son puestos, en su caso, a disposición de las entidades públicas con competencia en materia de protección de menores. En este punto lo que prima son medidas tuitivas destinadas a protegerlos frente a descuidos de los encargados de ejercer las funciones protectoras o en definitiva de asegurar su eficacia. La expresión «en su caso» indica que la puesta a disposición de las autoridades administrativas competentes sólo se producirá cuando estemos ante hipótesis encajables en el concepto de desamparo del art. 172 CC. En los demás casos la conducta delictiva del menor no tiene más respuesta posible que el ejercicio de las facultades de la patria potestad y tutela; en concreto las de recabar el auxilio de la autoridad y corregir razonable y moderadamente a los hijos (art. 154 CC) complementadas con el art. 11 del Decreto de 1948 no derogado por la LO que estudiamos, y que regula las posibilidades de que el auxilio gubernativo sea para internar al menor en establecimientos de reforma, con autorización judicial en los supuestos de su párrafo 3.º.

2. Faltas cometidas por mayores de edad comprendidas en el art. 584 del CP excepto de las de su número 3.º

La competencia para el enjuiciamiento de faltas se simplifica en relación a la previsión del antiguo art. 9, 2 y 3 B), debiéndose tener en cuenta que ya la LO 3/89 clarificó el panorama legislativo de esta clase de faltas dispersas en leyes especiales. Las tipificaciones atribuidas al fuero competencial de la jurisdicción de menores guardan sólo parcialmente proporción sistemática. No siempre el sujeto pasivo es el menor de edad pues en la del número 4.º (receptación en faltas de menores) se trata de infracciones contra el patrimonio y en las del núm. 6 y 7.º el bien jurídico protegido es el respeto a las decisiones de la autoridad judicial, aunque una y otra en definitiva, tomen como punto de referencia los intereses del menor.

III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACION DE LAS NORMAS DE REFORMA

Como exponíamos en la introducción, la Ley Orgánica 4/92 crea un procedimiento nuevo ante los Juzgados de Menores con especialidades por razón de los sujetos. Su naturaleza es compleja pues aunque en él no se ejercitan pretensiones relativas a la aplicación de penas y consiguientes consecuencias civiles, las líneas estructurales y sistema de garantías son en un todo asimilables al proceso penal por delito con las variantes que seguidamente expondremos. Debe tenerse en cuenta que aun no ejercitándose acciones penales propiamente dichas, en él se investigan hechos previstos en las normas penales y se postulan consecuencias denominadas medidas que tienen por misión prevenirlas en el futuro y re-socializar al menor. Salvando las distancias sería predicable su proximidad de los procesos contradictorios diseñados en otros países de nuestra órbita cultural para la imposición de medidas de seguridad y por supuesto de aquellos otros previstos en leyes generales o especiales para la realización práctica del llamado derecho penal de menores.

La asimilación que afirmamos respecto a las líneas generales del proceso penal se desprende sin dificultad además, de la remisión que la disposición adicional segunda efectúa respecto de la LECr y del Código Penal. En los comentarios que siguen trataremos de estudiar las especificidades que se contienen al respecto en las normas innovadoras.

La primera observación que ha de hacerse es la relativa a su denominación. En diversos lugares se emplea la voz expediente que parece abarcar todas las fases procesales y que nos indica la intención del legislador de singularizar al nuevo procedimiento a pesar de su aproximación a los cauces procesales penales.

1. La investigación por el Ministerio Fiscal: funciones que le competen

A. *Naturaleza y finalidad de las diligencias de investigación en el expediente*

Nos encontramos aquí con la primera particularidad que ofrece el nuevo procedimiento en el que se trata de deslindar una fase instructora a cargo del Ministerio Fiscal y otra de conocimiento atribuida al Juzgado de Menores con el fin de preservar su imparcialidad. Ya veremos que este loable propósito se cumple solo parcialmente dada la propia configuración de la jurisdicción de menores y las razones que en su momento expondremos.

Las diligencias de la Fiscalía son reconducibles en cuanto a su naturaleza a las del art. 785 bis de la LECr que en virtud de la supletoriedad de las normas procesales comunes se convierte en el cuerpo normativo integrador de los preceptos del art. 15.1, reglas 1.º a la 5.º. Como en todo lo que venimos diciendo la nueva regulación ofrece singularidades que son en las que centraremos nuestra atención. En cuanto al valor procesal de estas diligencias, las dudas se suscitan a la hora de determinar si poseen el mismo rango que las diligencias sumariales del Juez de Instrucción en las hipótesis excepcionales en que aquéllas, debidamente reproducidas en el plenario, sirven para fundamentar el fallo. A pesar de la progresiva asunción de competencias por el Ministerio Fiscal que se produce con las nuevas normas estimo —de acuerdo con las líneas directrices de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— discutible la equiparación, al menos en lo que se refiere a la celebración de la audiencia y fundamento probatorio de la consiguiente resolución.

La finalidad de esta instrucción preliminar es coincidente en parte con la de las actuaciones sumariales del proceso penal. El principio del hecho antes comentado obliga a centrar la indagación en los concretos hechos constitutivos de delito o falta que se imputan al menor, tratando de esclarecer lo relativo a sus circunstancias, participación, grado de ejecución, tal como se dispone en los arts. 785 bis y 789 de la LECr. Pero junto a ello el nuevo procedimiento ofrece características especiales que lo separan del proceso común por delito. Con idéntica importancia de contenidos, en el expediente ha de profundizarse también en la personalidad del menor no solo en relación al hecho punible cometido para explicar sus motivos, sino también y muy principalmente para determinar la conveniencia de las medidas en el proceso educativo y formativo que se propugna para él. Se trata por tanto de un procedimiento personalizado, a diferencia del regulado en los preceptos jurídicos procesales ordinarios.

La posición del Ministerio Fiscal en esta fase instructora se matiza en la regla segunda del apartado 1 del nuevo art. 15 donde se dice que «corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor por lo que dirigirá la investigación....». Comparándolo con el art. 781 de la LECr, observamos que se atribuyen a los Fiscales funciones tuitivas sobre la persona del menor diferenciadas del mero velar por el respeto de las garantías procesales del imputado a que se refiere este último precepto; debe tenerse en cuenta que se habla de la defensa no solo de las garantías sino también de los derechos y que se añade el cuidado de la integridad física y moral. Lo que exponemos consolida la idea de que estamos ante un procedimiento personalista en el que el protagonista principal es el menor y las medidas que le convienen para su educación e incorporación a la sociedad. De todos modos ha de recordarse que según el art. 781, corresponde también al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos de los perjudicados por el delito y que aunque en este pro-

cedimiento se haya limitado el conocimiento de las consecuencias civiles, no por ello los Fiscales pueden renunciar a orientar la instrucción con esta óptica. Además de proteger al menor, al Ministerio Fiscal compete la protección de los intereses sociales y en concreto la de la prevención de los hechos punibles que los lesionan, a los que como iremos viendo responden también las normas que ahora se promulgan.

B. *Incoación del expediente*

En el nuevo art. 15 apartado 1,1.^a se regula el régimen de iniciación del procedimiento con un precepto insuficiente que obliga a profundizar en cuál es el espíritu del legislador en la materia. En efecto, solo se obliga a denunciar los hechos en exclusividad ante el Ministerio Fiscal a los que por razón de sus cargos tuvieren noticia de los mismos, norma ya consagrada en la legislación vigente. De esta manera y literalmente entendido no se excepciona la regulación del órgano receptor de denuncias a que se refiere el art. 264 (denuncias de particulares), 284 (denuncias de la policía judicial) y 262 LECr (para las hipótesis de los que tengan conocimiento de las acciones punibles por razón de su profesión). Habrá que entender, no obstante, que la intención del legislador es convertir a la Fiscalía en único órgano receptor de denuncias y actuaciones relativas al art. 9 de la ley y así, además se está imponiendo en la práctica. En cualquier caso si se presenta denuncia ante las autoridades judiciales o policiales, éstas la remitirán de inmediato a las oficinas de la Fiscalía para la iniciación del procedimiento.

El acuerdo o decreto de incoación ha de ponerse en conocimiento del Juez de Menores (art. 15,1.1), en precepto similar al del art. 789 de la L.E.Cr., dándose cuenta sucintamente de los hechos, circunstancias e identificación, en su caso, del menor imputado.

En este primer momento procesal, el Fiscal está legitimado para remitir lo actuado al órgano administrativo o judicial competente cuando los hechos no puedan encuadrarse en el ámbito de acción del nuevo art. 9. Esta remisión «a límine» está concebida solo para antes del decreto de incoación, pues iniciado el procedimiento, las reglas 6.^a, 7.^a, 8.^a y 11.^a del apartado 1 del art. 15, parecen conferir con exclusividad al Juzgado la facultad de inhibirse en favor de otra jurisdicción.

C. *Contenido de las diligencias*

De la lectura de la regla segunda del tan citado art. 15, apartado 1.^o, en su nueva redacción se desprende que las posibilidades de actuación del Ministerio Fiscal son las mismas que en el art. 785 bis, al que hay que entender referida la integración supletoria como decíamos. Podrán,

por tanto, practicarse toda suerte de diligencias de prueba documentales, testificales y periciales, bien por sí o dándose instrucciones a la policía judicial para que las lleve a cabo. Asimismo habrá de entenderse que se actúa con idénticas facultades coercitivas para citar a imputado, testigos y peritos en las dependencias de la Fiscalía.

La regla tercera efectúa un recordatorio dirigido a las autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento para instruir de sus derechos al menor, reiterándose lo ya prescrito al respecto en diversos preceptos procesales y entre ellos el mismo art. 2 de la LECr. Es superfluo, asimismo, reseñar que tendrá estricta aplicación lo dispuesto en el art. 118 LECr sobre posición procesal del menor imputado, y su declaración y actuación en esta fase procesal se revestirán del mismo sistema de garantías con el que ya se opera en las diligencias de investigación criminal del art. 785 bis tramitadas en la Fiscalía.

La regla tercera párrafo 2.º del art. 15.1, del nuevo texto ofrece la primera fundamentación a través de Ley Orgánica de las detenciones de menores en nuestro derecho positivo. Hasta ahora solo se contaba con los preceptos genéricos sobre detenciones de los arts. 489 y siguientes de la LECr. La nueva norma prevee expresamente esta medida cautelar para mayores de 12 años y menores de 16 y se remite en un todo al mismo régimen que la privación de libertad englobada en esta rúbrica muestra en el ordenamiento procesal penal común. En cualquier caso la naturaleza de las medidas que se van a aplicar en el proceso y su carácter personalizador y tuitivo obligarán a extremar las cautelas en la materia. Debe acentuarse la imprescindibilidad como nota definitoria de la medida estudiada, y rodearla de un conjunto de medios de apoyo psico-sociales que eviten los perjuicios para el menor de la supresión de su libertad ambulatoria. Para ello la Policía Judicial habrá de contactar de inmediato con los técnicos de los servicios sociales y sería deseable que la permanencia coactiva de los sujetos pasivos del presente procedimiento, se produjera en lugar distinto a los centros policiales y adaptado a las exigencias de los procesos de recuperación de los jóvenes autores de delitos. Sí es preciso remarcar la proscripción de los establecimientos penitenciarios como espacios idóneos para las finalidades propuestas; el ingreso en los mismos sería radicalmente contrario al espíritu de los nuevos preceptos. La detención preventiva podrá ser acordada asimismo por el Ministerio Fiscal conforme al régimen común del art. 5.º Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la regla 2.ª reguladora del contenido de esta etapa procedimental se prescribe que el Ministerio Fiscal podrá «solicitar» del Juzgado de Menores la práctica de diligencias que no pueda efectuar por sí mismo. En este punto procede hacer uso de la remisión de la Disposición adicional segunda y afirmar la legitimidad de la actuación instructora del Ministerio Fiscal sólo en aquellos supuestos en los que es habilitado de modo expreso por las normas vigentes. El razonamiento es especial-

mente necesario cuando se trata de diligencias de prueba limitativas de derechos tal como se recoge en el art. 5.^o del EOMF. De modo particular propondrá la intervención judicial respecto de aquellas actuaciones instructoras que suponen limitación de los derechos fundamentales (entradas y registros, observación de comunicaciones telegráficas, postales y telefónicas) así como en aquellas otras que impliquen restricción de derechos patrimoniales o personales. Sólo gozará a este respecto de las facultades coercitivas concretamente diseñadas en el art. 785 bis para la citación de imputado, peritos y testigos. Nos encontramos al comentar los problemas de este apartado con la más notoria limitación funcional de las facultades instructoras del Ministerio Fiscal, que les priva de importante dosis de eficacia a pesar de los buenos propósitos del legislador. De cara a la tan deseada investigación sumarial a cargo del Ministerio Fiscal se ha de reflexionar sobre las objeciones que desde la norma fundamental se dirigen a estas posibilidades, cuando se trata de constreñir a través de ellas derechos fundamentales. En lo demás, la técnica más acertada es la de conceder habilitaciones legales expresas como las del tan mencionado art. 785 bis y sobre el que en el procedimiento estudiado nada se ha aportado de novedoso. Cuando tenga lugar, por otra parte la actuación judicial en relación con las diligencias de prueba aludidas, no por ello cesa la investigación a cargo del Ministerio Fiscal a diferencia de lo que se traduce del art. referido para el procedimiento abreviado. Las reglas 2.^a y siguientes del apartado 1 del nuevo art. 15 expresamente sugieren que tras solicitarse del Juzgado «la práctica de diligencias», el expediente continúa tramitándose en la Fiscalía. En él figurará incorporado testimonio de los correspondientes actos judiciales instructores que gozarán sin duda de pleno valor procesal.

D. El informe del equipo técnico

Es esta una de las diligencias esenciales en el momento procesal correspondiente a la actuación instructora del Ministerio Fiscal. Viene regulado en la Regla 4.^a del apartado 1 del art. 15, siendo acordado por el Fiscal, previo requerimiento a los técnicos del equipo para emitirlo en un plazo máximo de 10 días prorrogable hasta un mes en caso de gran complejidad. Se configura como necesariamente unido a la condición procesal de imputado en el menor sometido a procedimiento. Desde el momento en el que conforme al art. 118 de la LE Criminal, supletoriamente aplicable, resulta la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1.^o del art. 9 de la LORCPJM, el Fiscal está obligado a acordar la práctica de esta diligencia en los taxativos plazos indicados. Tiene así el carácter de garantía para el sujeto pasivo del procedimiento al contarse con un estudio técnico de su personalidad que permitirá desde entonces orientar el tratamiento a que ha de sometersele.

El contenido de dicho informe comprende «la situación psicológica, educativa y familiar del menor así como sobre su entorno social y en general sobre cualquier otras circunstancias que puedan haber influido en el hecho que se le atribuye». Literalmente entendido se está hablando de un dictamen pericial criminológico que verse sobre los factores individuales, familiares y sociales que explican la aparición del hecho punible. Poniéndolo en relación con los demás preceptos de la reforma creo que tiene una doble finalidad: de un lado explicar las circunstancias de toda índole que han llevado al menor a delinquir y de otro indagar en su personalidad y en su mundo familiar y social para encontrar la respuesta más adecuada a su necesidad de reincorporarse a la sociedad y observar un correcto proceso educativo, a través de las medidas que se arbitran en la Ley Orgánica 4/92. Muestra aquí la reforma, una vez más, su faz personalista y alejada de la mera concepción del procedimiento como mero instrumento de investigación de los concretos hechos punibles que a él tienen acceso.

Esta diligencia fundamental no es sin embargo excluyente de otras pruebas periciales que a instancia del Fiscal o del Defensor puedan arbitrarse para conocer en profundidad la personalidad de los jóvenes infractores y las circunstancias que les llevaron a delinquir. En cualquier caso, de acuerdo con lo ordenado en la Regla 6.^a, emitido el informe, el Fiscal lo ha de remitir de inmediato al Juzgado de Menores. Tampoco supone ello que se de traslado al órgano jurisdiccional de la instrucción del procedimiento sino que se trata de un mero envío rutinario para que conste en el órgano de enjuiciamiento y surta efectos en las resoluciones que le competen en esta fase del proceso. Por todo ello, en el expediente tramitado en Fiscalía habrá de documentarse asimismo el dictamen pericial técnico emitido para que despliegue también los efectos que procedan en las decisiones que han de adoptarse por el Ministerio Fiscal.

E. Medidas Cautelares. El internamiento en centro cerrado

En la regla quinta del apartado 1.º del reformado art. 15 se expresa que «el Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores en cualquier momento la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor». Se contiene aquí una fórmula genérica que permite la adopción de medidas restrictivas de la libertad y de sus derechos acordadas por el Juez «en consideración al interés del menor». Los términos protección y custodia son lo suficientemente amplios como para poder incluir las medidas de los números 2.^a a 6.^a del art. 17 de la LORCPJM que pueden así aplicarse cautelarmente por el Juzgado de Menores cuando lo exija, como se decía, el interés del sujeto a procedimiento. En todo caso parece el legislador referirse sólo a medidas cautelares limitativas de derechos de naturaleza personal pues téngase en cuenta, como también se expon-

drá en los apartados siguientes, que queda proscrito el ejercicio de acciones civiles por particulares y que el conocimiento de las consecuencias jurídico-civiles está notablemente limitado. Las facultades que se comentan permiten realmente iniciar ya el tratamiento de los problemas que aquejan al joven autor de los hechos punibles y unirlo en un proceso de continuidad con las medidas que se impongan en la resolución del proceso.

Aunque con expresión menos precisa que para el internamiento en centro cerrado del que seguidamente tratamos, la regla 5.^a entiendo que configura la petición del Fiscal como condición, *sine qua non*, para la adopción de las medidas cautelares, reforzándose así el principio acusatorio y las garantías de los menores protagonistas del procedimiento. Es claro por otra parte que tal petición no vincula al juzgador, que las acordará sólo si lo estima necesario, resolviéndose la discrepancia a través del sistema de recursos establecido.

En el párrafo 2.^o de la regla 5.^a objeto de comentario se hace una regulación específica de la medida cautelar de internamiento en centro cerrado. Respecto de ella es más clara la conexión de su dictado con la petición del Ministerio Fiscal como lo revela el encabezado de este párrafo normativo «a solicitud del Fiscal, el Juez ...» Se especifican los requisitos para acordarla que no son otros que «la gravedad de los hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor». Utiliza el legislador módulos objetivos reconducibles a la gravedad de lo injusto y su real repercusión social y otros de índole subjetiva, reveladores de que a diferencia de lo que ocurría en el antiguo art. 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, no se prescinde del concepto y alcance jurídico de los hechos investigados. Se está implícitamente construyendo así una responsabilidad *sui generis* en el mayor de 12 años y menor de 16 que lleva a tener en cuenta a la hora de dar respuesta a sus comportamientos punibles no solo su personalidad y entorno familiar y social, sino también la entidad de los acciones penalmente tipificables que desarrolla. Veremos cómo al establecer normas para graduar las medidas que se impongan en la resolución correspondiente, la Ley Orgánica 4/92 utiliza indistintamente ambos patrones.

El internamiento en centro cerrado supone la mayor de las limitaciones a la libertad ambulatoria del menor. A él tiene que equipararse, por razón del contenido, el ingreso en centro de carácter terapéutico acordado en esta fase del proceso al amparo de la amplia cobertura normativa de la regla 5.^a, siempre que cumpla el requisito de suponer una efectiva y completa privación de libertad. En función de su naturaleza se arbitra un sistema de garantías que deben acompañar al dictado de la medida estudiada. Además de satisfacer los requisitos expuestos «durará el tiempo imprescindible debiendo ser modificada o ratificada trascurrido, como máximo un mes». En primer lugar se establece un sistema de ratificación similar —aunque con mayor plazo— al previsto en el art. 516 de la LECriminal, para la prisión provisional. Asimismo se prescri-

be la duración por «tiempo imprescindible» que debe ser completado, entiendo, con la remisión y la aplicación analógica del régimen de plazos máximos del art. 504, 4.º y 5.º de la LE Criminal. Lo expuesto en cuanto a extensión temporal debe ser aplicable no solo a esta medida cautelar de mayor gravedad sino también a las demás medidas restrictivas de derechos dictadas al amparo del párrafo 1.º de la Regla 5.ª. El término comparativo lo constituirán los plazos de los delitos castigados con prisión provisional atemperados a la duración de las medidas del art. 17 que mas adelante estudiaremos y que en ningún caso pueden exceder de 2 años. Estimo que tal comparación proporcional, en cualquier hipótesis debe llevar a sentar como tope máximo de las medidas cautelares la duración de un año (vid art. 504-5.º). Para evitar medidas cautelares superiores a las decididas en la resolución final, en pro de las garantías del menor y por respeto al principio acusatorio, lo deseable es conectar el dictado de los internamientos provisionales y demás restricciones cautelares de derechos al escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, en el que se concreta el quantum temporal de las medidas propuestas. Al igual que sucede con la prisión provisional y conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, deberá contarse para el dictado de estas medidas y sobre todo de los internamientos, con una previsión razonable de carácter indiciario sobre la calificación de los hechos y las medidas que de ellos y la personalidad del menor van probablemente a desprenderse. Las reflexiones anteriores sin embargo, han de formularse con mucha mayor flexibilidad que en el proceso penal por delitos, y considerarse sólo como pautas orientadoras de las decisiones que se adopten, que han de estar dirigidas ante todo a la búsqueda del interés del menor y de su readaptación a la sociedad.

Finalmente se establece en la regla 5.ª la garantía de la asistencia letrada obligatoria desde el momento de la adopción de la medida examinada, en régimen simmilar al de la prisión provisional de los arts. 503 y siguientes de la LE Criminal. No obstante conviene aclarar que conforme al art. 118, último la obligatoriedad de defensor técnico puede originarse con anterioridad a tan importante medida siempre y cuando el procedimiento «llegue a estado en que necesite el consejo de aquellos o haya de intentarse algun recurso que hiciese indispensable su actuación». Literalmente nos dice el nuevo precepto interpretado que se nombrará al menor abogado «si no lo designan sus padres o representantes legales». Observamos una contradicción con lo prescrito en la regla 6.ª y que más adelante estudiamos, en la que en relación a la comparecencia en ella regulada se faculta al menor para designar abogado que le asista. A su vez la regla 12 del mismo art. 15 apartado 1 reformado parece conferir conjuntamente al menor y a su representante legal la posibilidad de designar letrado antes de llevar a cabo la designación obligatoria con vistas a la celebración de audiencia. Una interpretación progresiva y razonable de estos preceptos, teniendo en cuenta las importantes facultades que al propio menor se confieren en la Ley Orgánica 4/92 para dar

su consentimiento a la conformidad y las consagradas en la Ley 13/87 para dar asimismo su consentimiento a los negocios jurídico familiares que allí se regulan, creo que lleva a trascender el tenor literal de la fórmula legal ahora estudiada y atribuir al mayor de 12 años y menor de 16 la decisión en torno al letrado que va a defenderle y asesorarle. Quizás el criterio delimitador de las opciones del menor y de sus representantes legales en esta materia sea el relativo a la posesión de suficiente juicio por parte de aquel para tal designación, que es el utilizado en las normas civiles reguladoras de las relaciones familiares.

2. La fase intermedia del procedimiento regulado por la Ley Orgánica 4/92.

Agrupamos bajo esta rúbrica las cuestiones interpretativas que se suscitan en el estudio de las reglas 6.^a, 7.^a, 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a y 13.^a del apartado 1.º del art. 15 reformado en las que se regula el estado del procedimiento mas allá de la fase de instrucción del Ministerio Fiscal y las decisiones sobre el fondo que es procedente adoptar.

A. *El sobreseimiento sin medidas de la regla 6.^a párrafo 2.º del art. 15-1 en virtud del principio de intervención mínima*

Los presupuestos para acordarlo son «la poca gravedad de los hechos, las condiciones o circunstancias del menor, y que no se hubiese empleado violencia o intimidación o que el menor halla reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima....». Estos requisitos deben darse de modo acumulativo, atendiendo al Juez a la existencia conjunta de todos ellos. Los de orden objetivo son la escasa gravedad de los hechos con la excepción de que no se haya producido violencia o intimidación salvo que exista reparación o compromiso en torno a ella. De orden subjetivo, el atender a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor implicado en los hechos investigados. Estimo que el principio inspirador de la solución procesal propuesta en esta regla es el de intervención mínima, considerando el legislador que la escasa entidad de los hechos y las actitudes del menor no hacen útil y necesaria la respuesta a su comportamiento punible.

Por todo lo anterior nos hallamos ante una hipótesis incluíble en el número 3.º del art. 637 de la LE Criminal y que no genera consecuencia ni medida alguna procediéndose «a dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones». Se evita con ello además los perjuicios que la continuación del proceso puede originar al menor, cuando nos hayamos ante hechos de las características apuntadas, tal como reza la Exposición de motivos.

La decisión judicial habrá de revestir forma de auto motivado, dada su trascendencia en el proceso y no puede producirse sin la previa petición al respecto del Ministerio Fiscal. Terminadas las diligencias de investigación de la Fiscalía con el consiguiente Decreto, el Fiscal debe adjuntar propuesta razonada en este sentido remitiéndola al Juzgado para el dictado de este novedoso sobreseimiento establecido en la ley reformadora.

B. *La comparecencia ante el Juez de Menores de la regla 6.^a párrafos 3.^o, 4.^o y 5.^o y regla 7.^a*

Con escasa claridad legislativa, al lado del sobreseimiento comentado que se dicta con la mera conclusión de la fase instructora y sin necesidad de más trámites, la Ley Orgánica 4/92 regula aquí otra posibilidad procesal estructurada en principio, para fomentar también la rápida terminación del proceso en interés del sujeto al mismo.

Los presupuestos para su desarrollo son idénticos que para el sobreseimiento en virtud del principio de intervención mínima comentado, dependiendo del nacimiento del trámite ahora estudiado de la disconformidad del Juez de Menores con el dictado del auto que le propone el Ministerio Fiscal, al finalizar su actividad instructora. Dice la regla 6.^a del art. 15 apartado 1.^o reformado, en su párrafo 3.^o «en otro caso el Juez de Menores señalará la fecha y hora para una comparecencia que se celebrará dentro de los 7 días siguientes ...». En definitiva el Juzgador prefiere cerciorarse de la concurrencia de los requisitos del apartado anterior antes de decretar la resolución que le solicita el Ministerio Fiscal, y dar cabida a otras opciones procesales. Considero por tanto que la decisión al respecto del Juez de Menores no es recurrible, al no tratarse de una desestimación de la pretensión de fondo sino de la mera discrepancia provisional en torno al procedimiento (con comparecencia o sin ella) para adoptarla.

Han de estar presentes en la actuación judicial comentada el fiscal, el equipo técnico, el menor que puede asistir acompañado de su abogado y «aquellas otras personas que a la vista del informe del equipo técnico el Juez considere oportuno convocar». Con esta última expresión creo que a la comparecencia regulada en este precepto puede traerse no sólo a otros peritos o personas que informen acerca de la situación, necesidades, conducta y personalidad del menor, sino también y entendida de modo amplio a aquellos otros sujetos que puedan deponer sobre los propios hechos imputados para su esclarecimiento. Y es que entiendo que la finalidad de este trámite es llevar a cabo una sumaria comprobación ante el propio Juez de aquellos datos hasta el momento indiciarios, existentes en las diligencias y reveladores de la participación del menor en los hechos, de su entidad y de la personalidad y necesidades del joven

infractor sometido a procedimiento. Todo ello con el propósito de que el Juzgador tenga ante sí los elementos probatorios necesarios para formar criterio sobre las decisiones que posteriormente ha de adoptar y a las que se refiere la regla 7.^a del apartado 1 del art. 15 que seguidamente comentaremos. El párrafo 2.^o de esta última da pie a la interpretación propuesta al referirse a la hipótesis de que «los hechos o las circunstancias del menor no estuvieren suficientemente esclarecidos». De todos modos habrá de tenerse en cuenta que esta comparecencia no es asimilable a la celebración de la audiencia que más adelante regula el legislador, y en cualquier caso la actividad probatoria en ella realizada ha de constreñirse al lapso temporal de los 7 días siguientes a la petición del Ministerio Fiscal, no cabiendo en principio la suspensión del acto judicial. Además está orientada exclusivamente al dictado de las decisiones de la antes citada regla 7.^a, consecutivas al desarrollo del trámite estudiado.

La diligencia básica del trámite que examinamos es la declaración judicial del menor como imputado al que «en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad», se le instruye de sus derechos y se le informa de los hechos objeto de la diligencia. Esta última exigencia hace recomendable que se cuente previamente con una imputación de hechos que podría formularse en el decreto de conclusión de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. De otra parte el interrogatorio al que se le somete en tal condición de imputado, tiene como intervinientes al Fiscal, abogado y miembro del equipo técnico y el propio Juez. Los técnicos del equipo no son desde luego parte procesal y su presencia entendemos que se justifica para prestar el necesario apoyo terapéutico al sujeto del procedimiento, y para formular preguntas que guarden relación con sus cometidos de dictaminar en relación a la personalidad del autor de los hechos punibles y razones que le llevaron a su comisión. El representante legal carece de legitimación para actuar en la diligencia y se limita a estar presente en ella y acompañar al menor bajo su dependencia. Tanto a él como a los miembros del equipo técnico podrán asimismo dirigírseles preguntas, dado el contenido probatorio que atribuimos a la comparecencia. Insistimos, en efecto, en que además de interrogar al menor el Juez puede comprobar los datos del hecho punible y los de orden personal examinando a testigos, peritos, técnicos y personas que estén próximas a su entorno.

Terminada la actividad probatoria, el Fiscal y defensor, en su caso, formulan las correspondientes pretensiones en orden a la adopción de acuerdo a que se refiere la regla 7.^a del art. 15 apartado 1.^o reformado. El Ministerio Público a la vista de lo actuado puede insistir en su petición de sobreseimiento sin medidas y en virtud del principio de intervención mínima a que antes aludíamos o proponer esta misma resolución procesal fundada en las hipótesis de los arts. 637 y 641 de la LE Criminal. Asimismo y como modalidad del previsto en el párrafo 2.^o de la regla 6.^a el sobreseimiento cuando los hechos imputados no revistan especial trascendencia, siempre que en su comisión no se hubiera em-

pleado grave violencia o intimidación (regla 11.^a c, con requisitos similares) fundamentado también en el principio de intervención mínima y con remisión a las instituciones de protección de menores para la adopción de medidas educativas y formativas. Si los datos procesales han variado tras el desarrollo de la comparecencia puede también el Ministerio Fiscal modificar su criterio y solicitar la apertura de la audiencia, siendo preciso para ello, entendemos, que formule oralmente alegaciones, calificación y proposición de prueba. En esta hipótesis habrá de darse oportunidad al defensor para proponer conclusiones y alegaciones exculporias bien en el mismo acto de la comparecencia o bien suspendiéndola sino hay abogado designado. Por último cabe también la opción a la vista del desarrollo de esta diligencia judicial, de que el Ministerio Fiscal solicite la continuación del expediente para profundizar en la fase instructora a la que habrá de volverse. Agotando las posibilidades y a tenor de lo prescrito en las reglas 7.^a, 8.^a y 11.^a del apartado 1.^o del art. 15 reformado, puede asimismo solicitar la medida de amonestación sin necesidad de formular alegaciones.

Además de lo dicho es predicable de este trámite el régimen de conformidades, y consenso regulado en la regla 16 para la celebración de la audiencia y ello por la remisión supletoria de la disposición adicional 2.^a a los arts. 791, 2.^o y 3.^o, 793, 3.^o y 789-5.^o de la LE Criminal. Advertimos que cuando hablamos de supletoriedad la referimos en primer término a las normas del procedimiento abreviado de nuestro ordenamiento procesal dada la similitud estructural entre este último y el reglado en las normas estudiadas. Nada obsta a la aplicación de la regla 5.^a del art. 789 admitiéndose la posibilidad del pase a juicio inmediato si hay conformidad en los hechos, que es predicable tanto de este momento procesal como de las diligencias de investigación de la Fiscalía, cuando el acuerdo fáctico se produce en esa fase del proceso. Tampoco hay dificultad en admitir que en la propia comparecencia y tras las correspondientes calificaciones se logre el consenso propuesto en los mismos términos que los previstos en la regla 16 del tan repetido art. 15 apartado 1.^o de la LORCPJM. Téngase en cuenta que, como reconoce la Exposición de motivos, una de las pautas del nuevo procedimiento es la de buscar soluciones de terminación procesal con el objetivo de evitar los efectos aflictivos de los trámites a que se somete al menor.

Ante las peticiones anteriores el Juez de Menores acordará el sobreseimiento o apertura de audiencia que proceda, según las facultades de que goza al respecto y de las que nos ocupamos en el capítulo siguiente. Cuando lo solicitado es la medida de amonestación el Juzgador puede adoptarla mediante acuerdo dándose por concluido el expediente. Si los hechos o las circunstancias del menor no están suficientemente esclarecidos como dice textualmente la regla 7.^a párrafo 2.^o, el titular del órgano jurisdiccional también decidirá asimismo lo que proceda ante la propuesta de las partes. Aceptándola se produce una vuelta a la fase instructora y a la tramitación del expediente por el Ministerio Fiscal hasta

efectuar las indagaciones complementarias. Estimamos que la petición de nueva instrucción no vincula al juzgador que es libre de seguirla o no al igual que las demás pretensiones que formulen las partes, solventándose las discrepancias por el sistema de recursos establecidos.

C. *El trámite ordinario del escrito de alegaciones de las reglas 8.^a, 9.^a, 10.^a, 11.^a, 12.^a y 13.^a del apartado 1 del art. 15 reformado de la LORCPJM*

Cuando no concurren las hipótesis de la regla 6.^a párrafo 2.^o (escasa gravedad de los hechos y adecuadas circunstancias del menor) que justifican la petición de sobreseimiento sin medidas y la decisión del Juez en su caso de abrir la comparecencia, el Ministerio Fiscal concluido el expediente lo eleva al Juzgado de Menores adjuntando escrito de alegaciones. Debe esclarecerse que la comparecencia anteriormente estudiada no puede abrirse por el Juzgado sin la correspondiente petición del Ministerio Fiscal y concurrencia de los requisitos expuestos. En otro caso, el trámite a seguir tras la instrucción es el diseñado en las reglas que encabezan este apartado.

El mencionado escrito que ha de adjuntarse a las diligencias de investigación contiene alegaciones fácticas y jurídicas y la solicitud de algunas de las resoluciones a que se refieren las reglas 8.^a y 11.^a del nuevo texto. Cuando lo que propone es el sobreseimiento, la adopción de la medida de amonestación, la remisión al órgano judicial competente o a las instituciones administrativas de protección no necesita formular conclusiones y el Juez decidirá según lo que proceda y con las limitaciones que seguidamente expondremos. Propuesto el sobreseimiento y por aplicación de lo prescrito supletoriamente en el art. 790 y concordantes de la LE Criminal, el juzgador ha de acordarlo forzosamente a no ser que haga uso de las facultades de suspender el trámite y elevar consulta al superior jerárquico del Fiscal actuante. De todos modos la decisión de sobreseer puede motivarse de modo distinto a la interesada por el Ministerio Público y acordarse la adopción de medidas educativas y formativas, a pesar de no haber sido postuladas por el representante del Ministerio Fiscal. Si lo planteado es la medida de amonestación el Juez «sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor dictará el acuerdo que proceda». De igual forma procederá, pero como es obvio sin oír al menor, cuando lo que se solicite sea la decisión inhibitoria.

Interesada la apertura de audiencia el Fiscal además de las alegaciones formulará la calificación jurídica de los hechos imputados al menor, la solicitud de práctica de prueba en la audiencia y la adopción de las medidas que procedan. Ante tal petición el juzgador sin necesidad de realizar más diligencias ni efectuar ninguna comparecencia, como sucedía en los supuestos de la regla 6.^a, decidirá acerca de lo propuesto. Sus fa-

cultades al respecto creo que son las mismas que las que posee el Juzgador penal en el procedimiento abreviado al que, como se decía, es forzoso reconducir la remisión supletoria de la disposición adicional 2.^a. En concreto será de aplicación el apartado 6 párrafo 1.^o del art. 790 con la novedad ya apuntada de que si decide sobreseer podrá hacer uso de lo previsto en la regla 11 apartado C remitiendo al menor a las instituciones de protección, aún sin petición previa.

Entiendo por otra parte que en la fase intermedia el Juez debe depurar la existencia de causas de justificación, de inculpabilidad y de exclusión de la penalidad con más amplitud que lo que ocurre en el proceso por delitos. En primer lugar ha de partirse de la idea a que se aludía al comienzo de este trabajo, de que sería discriminatorio con el menor delincuente aplicar medidas de respuesta por hechos que para los mayores de edad no generan consecuencia alguna en el orden penal, y para los que el legislador punitivo no ha considerado oportuno proveer la correspondiente sanción penal. Además en el procedimiento que estudiamos es aun más intensa la necesidad de evitar el sometimiento del menor a los trámites afflictivos del proceso, siendo una solución acorde con la economía procesal la de apreciar las mencionadas circunstancias de exención en la fase en que nos encontramos.

Si el Juez de Menores acuerda la apertura de la audiencia se le requerirá al menor y a su representante legal para que designe abogado sino lo hubiere hecho antes, como dice textualmente la regla 12, dándosele traslado del escrito de alegaciones para su contestación en 5 días y proposición de prueba. Reiteramos lo antes afirmado acerca de las facultades del menor para la designación de defensor, siendo también necesario matizar el empleo de la voz «contestar» que hace alusión a la exigencia de que el abogado proponga no solo conclusiones sino también alegaciones.

La tramitación del período procesal estudiado finaliza en la regla 13 de estructura similar a la correspondiente al procedimiento abreviado, en la que se dispone que el Juez resuelve sobre la proposición de prueba y en el mismo auto señala el día de comienzo de la audiencia dentro de los 15 siguientes. Decíamos con anterioridad que el legislador no ha podido preservar del todo la imparcialidad del Juez de Menores. Efectivamente no solo toma declaración al imputado en las hipótesis de la comparecencia de la regla 6.^a, sino que también decide sobre medidas cautelares (regla 5.^a) y finalmente sobre la apertura de la audiencia, con todo lo cual queda contaminado con actividades propias de la fase instructora e intermedia.

Antes de concluir este apartado debe reconocerse —como hacíamos en el anterior— que nada se opone a que en el trámite procedimental que contemplamos tengan toda su aplicación las soluciones legales de conformidad y consenso previstas para el procedimiento abreviado en el art. 791 de la LE Criminal.

D. *La celebración de la audiencia. Reglas 14, 15, 16 y 17 del art. 15-1 reformado*

La audiencia se celebra con la asistencia del Fiscal, abogado defensor y menor que podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo decisión contraria motivada del Juez. Estos últimos no son partes en el acto culminante del proceso estudiado sino que se limitan a prestar compañía y apoyo al sujeto al mismo, con derecho a observar lo que en él ocurra. Puede plantear dudas la aplicación supletoria del art. 793-1.º de la LE Criminal para las hipótesis de incomparecencia del menor imputado cuando ha sido citado personalmente o en el domicilio señalado al efecto. Entiendo que ha de ser excepcional esta posibilidad pues en el proceso objeto de nuestro trabajo hay una esencial nota personalista, a que insistentemente se ha hecho referencia, siendo determinante de las medidas a adoptar la directa observación y dictámen sobre la situación del menor en el momento en que se aplican. Por otra parte, habrá de considerarse, en solución analógica favorable al menor imputado que no cabe la opción propuesta cuando las medidas solicitadas excedan de 1 año de duración tratándose de las que comportan privación de libertad. Asimismo debe asistir necesariamente a las sesiones de la audiencia el miembro del equipo técnico. Desde luego no es parte tampoco en este momento procesal y sus funciones son las ya estudiadas al tratar de la comparecencia: apoyo psicotécnico al menor e informe pericial acerca de su personalidad y de la conveniencia de las medidas que bajo el punto de vista científico procede adoptar.

En los párrafos 2.º y 3.º de la regla 14 se establecen singularidades en torno a la publicidad de la audiencia. Se excepciona el régimen del art. 680 de la LE Criminal y se permite que en cualquier caso y sin sujeción a las hipótesis tasadas del citado precepto, el Juez pueda acordar que las sesiones no sean públicas en interés del menor. Además se prescribe la prohibición de que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación. Esta norma tiende a preservar la intimidad del menor imputado y favorecer la reincorporación a la sociedad sin estigmas derivados de la difusión pública del sometimiento al proceso; se echa de menos una previsión sancionatoria para el incumplimiento de lo preceptuado, que tiene difícil encaje en los tipos penales vigentes.

La regla 16 establece una regulación de la conformidad del menor con el escrito de alegaciones formulado por el Ministerio Fiscal. En disonancia con lo dispuesto en el art. 793-3 se habla solo de asistencia del letrado, aunque creo que con mayor razón aún que en el proceso penal por delito se hace necesario el acuerdo del defensor técnico con la solución concordada. Esta ha de referirse a los hechos y a las concretas medidas postuladas. El último inciso se refiere textualmente a que en estos supuestos el Juez oído si le considera pertinente al miembro del equipo técnico, dictará acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio

Fiscal. A pesar de no haberse recogido expresamente las facultades de control del juzgador sobre la conformidad planteada, considero que no hay razón alguna para negar la aplicación supletoria del art. 793 n.º 3, párrafo 2.º, cuando el Juez de Menores considere que el hecho carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier otra circunstancia de excención (causas de justificación e inculpabilidad o de exclusión de la penalidad a que antes nos referíamos). Lo que si resulta inaplicable al régimen de la conformidad en el procedimiento que se tramita ante la jurisdicción de menores, es el párrafo 3.º del n.º 3 del art. 793 pues aunque las medidas acordadas sean similares a las previstas para los casos de limitación de responsabilidad penal, la ausencia de vinculación sobre ellas en el Juzgador desnaturaría la finalidad y funcionalidad de la institución de la conformidad en el proceso estudiado. Por último, en lo relativo a las soluciones procesales de consenso no hay tampoco inconveniente en proponer los mismos criterios interpretativos que la doctrina y jurisprudencia han esbozado en torno al n.º 3.º del art. 793.

En la regla 17 se regula la hipótesis de inexistencia de conformidad en un precepto casi totalmente concordante con el 793, 4 y 6. La celebración de la audiencia comporta idénticas posibilidades probatorias y trámites que los prescritos en el procedimiento abreviado. No se nos ocurre argumentar óbice alguno a la admisión del turno previo del art. 793-2 y en general a las demás disposiciones que sobre práctica de la prueba y formulación de conclusiones e informes se contienen en este artículo de la LE Criminal. Tras la fase probatoria, dice textualmente la regla comentada que el Juez oirá al Fiscal y al abogado sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos y la medida o medidas a adoptar así como si lo considera conveniente al miembro del equipo técnico, oyendo finalmente las alegaciones del menor. El informe del equipo técnico es evidente que se refiere a su cometido propio de dictaminar pericialmente en orden a las circunstancias personales y familiares del menor y a la conveniencia de las medidas que para él se proponen. Como singularidad se establece en la regla que el Juez podrá hacer abandonar la Sala al menor en los momentos de la vista que considere oportuno, siendo esta norma mas extensa que la del art. 687 inspirada sólo en mecanismos de orden disciplinario. Aquí el Juzgador valora principalmente el interés terapéutico del menor y las consecuencias negativas que para su proceso de formación puedan tener ciertos momentos de la audiencia.

IV. LAS MEDIDAS DE REFORMA DEL NUEVO ART. 17

1. Naturaleza de las medidas

Para profundizar en ella es necesario compararlas con aquéllas otras medidas de orden tuitivo y educativo que pueden imponerse a los meno-

res de doce años también autores de delitos y faltas y que el legislador reconduce a las normas civiles sobre protección de menores en el art. 9.1 párrafo 2.º. El contenido de unas y otras es similar en relación sobre todo con algunas de las previstas en el art. 17 (números 2.º, 3.º, 6.º y 7.º) y por ello conviene examinar las diferencias estructurales que arrojarán sin duda luz en torno al problema que nos planteamos.

Aunque todas están adornadas de un matiz educativo y formativo, en las que son objeto de nuestro estudio concurre además la importante finalidad de procurar la prevención de delitos evitando en el futuro acciones asociales penalmente de los menores. Está presente pues, en la fundamentación de las de reforma un transcendental enfoque de protección de los consiguientes intereses sociales. Piénsese que solo se acuerdan a consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delitos y faltas en las leyes penales, mientras que las correspondientes a menores de doce años pueden tener como presupuesto la mera situación de desamparo o necesidades educativas del a ellas sometido.

La justificación subjetiva de las que ahora examinamos ha de relacionarse con el concepto de responsabilidad o exigencia al menor como se desprende de las argumentaciones antes expuestas y en este lugar sistemático de la propia norma de la regla 17 del art. 15 así como del art. 23 reformado. En efecto, su graduación toma en consideración no solo las circunstancias personales del menor sino también la gravedad del injusto de los hechos punibles cometidos y la suspensión del fallo por otra parte, revela inequívocamente que se está pensando también en las ideas sobre las que razonamos atinentes a la referida posición de responsabilidad (es particularmente claro como veremos en la revocación de la suspensión por incumplimiento del pacto de reparación). La propia configuración de algunas de las previstas en la nueva norma, como la de amonestación por ejemplo, nos está asimismo indicando que el legislador a partir de los doce años, adopta una actitud de exigencia frente al comportamiento de los menores diferente a la que formula antes de llegar a este límite temporal. Si prevee que el Juez de menores les amoneste o reprenda es porque de alguna manera los considera capaces de responder de sus actos.

La función y fundamento de las medidas de reforma explica consecuentemente el cauce procedimental para su articulación. Recordemos que las medidas similares ejercidas sobre los menores de doce años no son sino la consecuencia de la aplicación al caso concreto de las facultades ínsitas en la patria potestad o tutela (recuérdense los internamientos del artículo 154 Código Civil y 11 de la Ley del 48), o del ejercicio de las potestades que a las entidades públicas corresponden en las hipótesis de desamparo del art. 172 del Código Civil. Además, en su caso los instrumentos para su imposición se reducen a formular las pertinentes pretensiones en el orden jurisdiccional civil.

Por el contrario las medidas de reforma del art. 17 del nuevo texto, solo pueden decidirse a través del procedimiento regulado en las reglas

ya estudiadas, que se asimilan en cuanto a sistemas de garantías y estructura al proceso penal y que están reservadas a la resolución del Juez de Menores.

2. Examen de las concretas medidas del art. 17

En este precepto se recoge una enumeración taxativa a la que forzosamente ha de sujetarse el órgano jurisdiccional. El número primero se refiere a la amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana. Respecto de la primera, reveladora como veíamos del fundamento subjetivo último que yace en esta regulación, nos inclinamos a proponer su realización en audiencia privada para evitar los perniciosos efectos que tendría el ser públicamente reprendido el menor; ha de hacerse sin duda con respeto a su intimidad y personalidad y buscando el reforzamiento de su proceso educativo. En cuanto al internamiento de uno a tres fines de semana creo que supone la privación de libertad por este lapso de tiempo y referida al decurso completo de los días de la semana del sábado y domingo, aplicando el entendimiento vulgar de la expresión. Guarda similitudes con la pena así denominada en el Proyecto del nuevo Código Penal y parece referirse (obsérvese la voz internamiento en comparación con ingreso de los números 6 y 7 del art. 17) a una efectiva privación de libertad.

En el número segundo se hace referencia a la libertad vigilada con la misma expresión que tenía en el decreto del 48 siendo asimismo manifestación, en los propios términos de su redacción, de las pautas de responsabilización que latan en las nuevas normas. Aunque se ha dejado sin contenido el art. 17 de la ley de 1948 que se refería a los delegados ejercientes de esta vigilancia, habrá que entender que la figura es imprescindible para asegurar los fines de la medida que no son otros que observar el comportamiento del menor de cara a su proceso de recuperación. Sí permanece subsistente el art. 19 que permite al Juzgador acompañar la vigilancia de aquellas otras restricciones personales que coadyuvan al éxito de las finalidades apuntadas.

El acogimiento por otra persona o núcleo familiar como se dice literalmente en el número 3.º supone, creemos, la necesidad de efectuar una remisión a las normas correspondientes del Código Civil y en concreto a su art. 173. El Juez opta aquí por situar al menor en un ámbito familiar más favorable para la modificación de sus comportamientos asociales. Implica, de acuerdo con lo prescrito en la norma civil referida, la suspensión del contenido personal de la patria potestad o tutela que se atribuirá al acogedor, del que expresamente se dice que puede ser una sola persona o tratarse del núcleo familiar, fórmula ésta última que permite incluir supuestos no reconducibles al concepto de familia fundado en la pareja heterosexual estable y formalizada. Conserva su vigencia el art.

18 párrafo 2.º del Decreto del 48 que interpretado en consonancia con la vigente legislación civil, permitirá al juzgador, con flexibilidad, determinar qué facultades tuitivas sobre la persona del menor quedan reservadas a su control y decisión. En los demás se completará el régimen regulador de esta medida con los consiguientes preceptos del código civil, reformado de modo fundamental en esta materia tras la Ley 13/87. Como se indica en el art. 14 3.º también subsistente del Decreto del 48, si se estima oportuno suspender a los padres o tutores la administración de los bienes del menor, habrá de darse cuenta al Ministerio Fiscal y Juzgados Civiles. Por último, indicar en relación con esta medida, que las resoluciones sobre ella adoptadas por los órganos de la jurisdicción de menores son preferentes sobre las que hayan acordado o puedan acordarse por aquellos otros de la jurisdicción civil, dada la especificidad competencial del art. 9.1 reformado y la finalidad y adscripción de las normas sustantivas de la LO 4/92 al ámbito del ordenamiento jurídico punitivo, como lo revela la remisión por la vía de supletoriedad al Código Penal.

En la enumeración estudiada sigue la privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor. Puede referirse tanto a la supresión de la facultad de obtener los permisos o a la invalidación de los ya efectivamente conseguidos y sus fines guardan relación de modo principal con la necesidad de evitar al menor y a terceros riesgos derivados de la conducción de estos vehículos. Por ello, sobre todo, se acordará cuando los hechos imputados sean incriminables en tipos penales que sancionan conductas de tráfico.

En el número cinco se recoge una novedosa medida: la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. No hay más especificaciones y bastará por tanto con que se trate de actividades que supongan un beneficio social bien se presten en centros públicos o privados.

En el apartado siguiente se consigna el tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico. Uno y otro van dirigidos a menores que padecen enfermedades mentales o alteraciones patológicas del comportamiento o procesos de adicción a estupefacientes, al alcohol u otras sustancias. Aunque no se diga expresamente, el ingreso en centro terapéutico puede revestir, al igual que la medida del número siguiente, diversas tonalidades según la intensidad de la privación de libertad que suponga la terapia diseñada. El tratamiento ambulatorio puede comportar restricciones consistentes en presentaciones periódicas y control sobre la evolución de sus resultados.

Finalmente en la hipótesis del número 7.º se recogen los ingresos en centros de régimen abierto, semiabierto o cerrado. Las distinciones han de referirse no solo al mayor o menor rigor en las privaciones o restricciones de libertad sino también, por encima del significado de las palabras, a los contenidos educativos de unos y de otros. Sin duda el internamiento en centro cerrado es la medida de mayor entidad y aunque no se diga expresamente, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo art.

17 del Decreto del 48, ha de reservarse para los supuestos de mayor gravedad objetiva y subjetiva. Tanto en esta medida como en la anterior será siempre preferente, por las razones antes expuestas, la decisión del Juez de Menores sobre las correspondientes de la Jurisdicción civil. Son también de aplicación, como con el acogimiento, los preceptos correlativos del Código Civil (art. 172 y concordantes) y el 18 de la ahora llamada LORCPJM. Así los poderes de decisión sobre la persona del menor y su proceso educativo, podrá el Juez de menores —con flexibilidad— distribuirlos entre los directores de los centros y los representantes legales del menor, reservándose las facultades de control que se estime pertinentes. En la Resolución que se dicte, como también en la medida de acogimiento, es necesario concretar todo ello en garantía de la eficacia del tratamiento y de la estabilidad jurídica de la nueva situación personal del menor.

3. Graduación y duración de las medidas

El nuevo art. 16 de la LORCPJM al referirse al modo de redactar la resolución, término que ha sustituido al de acuerdo, recoge en su apartado 1.º las reglas normativas reguladoras del modo de graduar las medidas. Se dice que el Juez valorará las circunstancias y gravedad de los hechos así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social. En definitiva y tal y como ocurre en el art. 61.5 del Código Penal, habrá de tenerse en cuenta la gravedad del injusto típico y la personalidad del menor autor de las infracciones, insistiéndose en que estas proposiciones legislativas son reflejo del fundamento de responsabilidad en el que se asientan las medidas de reforma. Debe destacarse sin embargo que la nueva ley subraya la importancia de los factores individuales y necesidades del menor como elemento determinante de la entidad de la respuesta que el Juzgado de Menores ha de otorgar a su conducta punible.

En asimilación progresiva al régimen de garantías de las penas previstas en el Código, el art. 16 apartado 1.º ordena además que en la resolución del Juzgado «se exprese su duración que no excederá de dos años salvo lo previsto en su número 1.º». Lo terminante de la fórmula creemos que obliga al Juzgador a determinar la cuantía temporal exacta de la medida, con el tope máximo de los dos años indicado, para todos los casos. No se establece por el contrario ningún mínimo temporal y el Juez podrá flexiblemente graduarlas con la limitación máxima predicha. En cuanto al internamiento de uno a tres fines de semana es por su propia redacción la única medida excepcionada de este régimen aunque también deberá concretarse si son uno, dos o tres los fines de semana en que el menor va a ser internado.

Ha de matizarse además que las medidas del art. 17 pueden imponerse por el Juzgado de modo acumulativo, dada la redacción literal del citado precepto «el Juez de Menores podrá acordar con respecto a éstos, las medidas siguientes», y el principio de flexibilidad y atención a las necesidades del menor que se recoge en la Exposición de motivos. La imposición conjunta permitirá al órgano jurisdiccional diseñar un tratamiento unitario y supeditarlos a los resultados que vayan produciéndose y a la actitud de sujeción o rebeldía frente a las medidas por parte del menor. Si el cumplimiento simultáneo no fuera posible creo que no regiría la prescripción del art. 70 CP relativa al inicio por las de mayor gravedad. Habrá de ponderarse que aquí es prioritario atender a las necesidades del menor y evolución de sus actitudes personales. En cualquier caso —como ordena el art. 16— la imposición de medidas debe guardar también proporción con la gravedad de los hechos.

En cuanto al ámbito temporal subjetivo de las medidas acordadas, mantienen su vigencia los artículos 18 y 20 del Decreto del 48 cuyo régimen exponemos. Siempre que los hechos punibles se hayan realizado entre los 12 y 16 años el Juzgado de Menores conserva su jurisdicción para la aplicación de las medidas hasta que se alcancen los 18 años de edad. Si la puesta a disposición del órgano jurisdiccional se produce ya cumplidos los 16 años, puede optarse —como dice expresamente el art. 20.1.º— por declinar la competencia en favor no de la autoridad gubernativa (en esto la norma ha quedado desfasada) sino de la jurisdicción civil o entidad pública de protección de menores. Aunque la previsión normativa se refiere expresamente a las hipótesis en que el Juzgado de Menores empieza a actuar cumplida la edad antedicha, no aparece obstáculo para aplicar idéntica solución a los casos de iniciación anterior del procedimiento y cumplimiento para el sometido a él de esta última edad. Finalmente, también conserva su vigencia el párrafo segundo del art. 20 y si el mayor de 16 años y menor de 18 es sometido a prisión provisional en procedimiento por delito, el Juzgado de Menores podrá interesar que esta medida cautelar se sustituya por las que se le están aplicando en el tratamiento reformador. La decisión que compete adoptar libremente al Juzgado de Instrucción tendrá en cuenta la gravedad de los hechos y la previsión de que pueda hacerse uso finalmente en la sentencia del internamiento previsto en el art. 65, en cuyo caso convendría la continuidad con las medidas seguidas ante la jurisdicción de menores.

4. Suspensión del fallo

Se regula en el art. 16.3 con perfiles similares aunque no coincidentes con la institución de la condena condicional de los artículos 92 y siguientes del Código penal. La finalidad de esta opción conferida al menor, no es otra que la de colaborar a la readaptación de sus comporta-

mientos, condicionando la efectiva imposición de medidas a que aquellos se desarrollen con patrones de socialidad en los términos que seguidamente expondremos.

Los requisitos para decidirla son de mucha mayor amplitud que los recogidos en el art. 92 antes mencionado. No se exige primariedad delictiva ni estimación de figuras penales con determinadas penas sino que el Juez de menores lo decide «en atención a la naturaleza de los hechos», utilizándose por el legislador en este punto únicamente el amplio módulo objetivo reseñado que parece referirse a una ponderación flexible de la gravedad de las acciones imputadas. La configuración legal de las decisiones judiciales reguladas en el art. 16-3 y de sus presupuestos es otro de los motivos para afirmar como ya hemos subrayado en diversos lugares de este trabajo, la implícita responsabilidad del menor delincente que late en las nuevas normas y modaliza de modo importante la normativa que se establece. El otro requisito es que el menor —debidamente asistido— y los perjudicados acepten una propuesta de reparación extrajudicial. Subyacen aquí los mismos propósitos legislativos de presionar al joven infractor para que dé una respuesta socializante frente a la comisión del hecho realizado. En el inciso siguiente se matiza por la nueva norma «que ello no obstante podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados no expresaran su oposición o esta fuera manifiestamente infundada». Convenientemente interpretado el precepto, considero que la suspensión del fallo puede acordarse siempre que o bien no comparezcan los interesados o cuando estos planteen actitudes inconciliables con el logro del acuerdo reparador, en atención a las posibilidades económicas y laborales del menor implicado. En cualquier caso, el acuerdo ha de ratificarse en presencia del Juzgado quien tiene la facultad de decidir acerca de su aprobación en función del sentido pedagógico y educativo que muestre para los intereses del menor.

Con la misma filosofía inspiradora, hemos de referirnos a los supuestos de revocación en la institución que examinamos. Las previsiones legales se refieren únicamente a los incumplimientos del menor en relación con el acuerdo de reparación extrajudicial. A estos efectos se exige dejar constancia en el acta de los términos concretos del pacto y del mecanismo de control de su cumplimiento. La regulación de este último hace pensar que la llamada propuesta de reparación solo comprende las hipótesis en las que participa personalmente el menor con sus medios económicos o aptitudes laborales y no terceras personas. Creo por otra parte que la revocación exige un incumplimiento de cierta entidad por parte del afectado y que todo ello ha de ser valorado con flexibilidad por el Juzgador. Pero el incumplimiento de la propuesta no es el único motivo de revocación de la suspensión del fallo estudiada, pues en otro caso esta devendría en remisión definitiva de la medida, alterándose la finalidad de la institución, en los casos en que se ha producido la concesión del beneficio sin la previa conformidad en torno a las actividades reparadoras (incomparecencia, posición infundada de los perjudi-

cados, etc.). En estos últimos supuestos la revocación también podrá originarse ante la comisión de hechos constitutivos de delito por parte del menor, solución que me parece más acorde con los designios del precepto que comentamos y con las garantías del menor sujeto a procedimiento. No serían así determinantes de la decisión revocadora ni la comisión de hechos tipificables como faltas dada su escasa entidad ni en general el comportamiento asocial que no ha desembocado en la infracción penal. Transcurrido el plazo de suspensión señalado se produce la cesación definitiva de las medidas acordadas.

Debemos reseñar que este último habrá de concretarse sin que exceda de dos años y no estableciéndose mínimo alguno al respecto. Siempre lo decisivo aquí como a la hora de adoptar decisiones en este procedimiento, ha de ser la comprobación de la evolución del proceso educativo y de adaptación social en el menor delincuente.

5. La revisión de las medidas de reforma

La regulación se lleva a cabo ahora en el art. 23 de la LORCPJM que presenta una nueva redacción prescribiéndose «que pueden ser reducidas y aún dejadas sin ulteriores efectos por el Juez que las haya dictado». La primera observación que ha de hacerse es que se ha suprimido la expresión «modificarlos» existente en el Decreto del 48 y que permitiría a nuestro juicio la sustitución de unas medidas por otras. En la regulación vigente las facultades del Juez son la reducción temporal o el cese de la medida acordada. Este perfil normativo es otro argumento de peso para sostener, como antes hacíamos, la posibilidad de que el Juez de Menores imponga acumulativamente las medidas previstas en el art. 17. El artículo 23 exige por otra parte a diferencia de la legislación anterior, que haya petición del representante legal del menor o del Ministerio Fiscal, no pudiendo por tanto utilizarse las opciones que consagra el precepto, de oficio. No consideramos del todo justificable la exigencia y en cualquier caso la legitimación se concede además de al Fiscal, al representante legal del menor (sin que tampoco se requiera presencia letrada), excluyendo al propio menor sometido a la medida. La previsión legal no guarda proporción con las demás posibilidades que a mayores de 12 años y menores de 16 se atribuyen en la nueva ley para adoptar decisiones en materias que le afectan directamente (conformidad, designación letrada) y una interpretación progresiva de esta proposición legislativa nos llevaría más allá de la letra a concederle la cualidad legitimadora para formular la solicitud estudiada. Finalmente subrayar que la revisión de las medidas queda sometida a criterios de flexibilidad como se desprende del último inciso del art. 23 «a la vista de los informes que se emitan sobre su cumplimiento y el desarrollo del menor».

6. Las actividades de ejecución

La disposición adicional tercera de la LORCPJM dispone que «la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las entidades públicas competentes en la materia». El precepto otorga a las autoridades administrativas un amplio abanico de facultades en esta fase del procedimiento y sienta el principio general de que a ellas corresponde el desarrollo de las actividades de ejecución. La posición del Juez de Menores queda así debilitada en relación con la del Juzgador penal al que el art. 985 de la LECr otorga en principio las facultades correspondientes en el estadio ejecutivo. De todos modos habrá que tener en cuenta el conjunto del nuevo articulado para deslindar cuáles son las competencias administrativas y judiciales. En cuanto a la medida de amonestación entiendo que por su naturaleza ha de quedar reservada a la autoridad judicial. Respecto del acogimiento del número 3.º del art. 17 no será preciso por supuesto el consentimiento del menor, representantes legales ni entidad pública pero a ésta corresponderá la designación de la familia acogedora y demás facultades previstas en las normas civiles. En los demás casos creo que al Juez de Menores compete decidir sobre el inicio y cese de la medida. Por todo ello las entidades públicas remitirán informes periódicos sobre la evolución del menor y cumplimiento de las medidas, que constituirá además fundamento para hacer uso de las facultades revisoras del art. 23 ya comentado. Por último consignar que tanto en la libertad vigilada como en las demás hipótesis del art. 17 la Administración habrá de atenerse, en cuanto al contenido de las medidas acordadas, a las concretas restricciones de derechos y libertad que se hayan previsto por la autoridad judicial.

En lo que respecta a las especificaciones con las que ha de abordarse el tratamiento del menor en esta fase de ejecución, toca a las entidades públicas decidir las con los criterios de política educativa y asistencial que se sustenten, estando como se decía en permanente conexión con el Juzgado de Menores a los efectos antedichos. En la práctica habrá también de buscarse fórmulas de coordinación entre las tareas de los equipos técnicos de los Juzgados y las de los técnicos de las comunidades autónomas competentes en la materia para lograr la oportuna continuidad en los medios pedagógicos y de apoyo que se ofrecen al menor.

V. LOS PRONUNCIAMIENTOS CIVILES DE LOS JUZGADOS DE MENORES

En lo que se refiere a las competencias del art. 9-1, la materia se halla regulada sin la necesaria claridad legislativa, por el art. 14 del Decreto del 48 que permanece subsistente tras dictarse la LO 4/92. Conforme a su párrafo 1.º, los Juzgados de Menores no podrían hacer declaracio-

nes sobre las consecuencias civiles de la infracción penal en los términos de los arts. 101 y ss. del Código punitivo, con la salvedad de «devolver al perjudicado los objetos sustraídos cuando no pueda ofrecer dudas racionales su propiedad». El precepto está en consonancia con la nueva regulación del procedimiento de reforma en los arts. 15 y 16, que se ofrece estructurado sólo para resolver sobre las medidas de reforma dimanantes del hecho punible y que muestra un carácter personalista incompatible con el debate sobre cuestiones de contenido económico. De otra parte, la regla 10 del art. 15-1 y el art. 16-1.^o guardan un expresivo silencio sobre proposición de consecuencias civiles o declaración de las mismas, en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y Resolución del Juzgado de Menores, respectivamente. Por último, en la regla 2.^a del art. 15 se proscribe el ejercicio de acciones por particulares. La solución no es, sin embargo, satisfactoria y si se aplica en virtud de la disposición adicional 2.^a, lo dispuesto en el art. 114 LECr, los perjudicados por los hechos punibles de los menores, podrían encontrarse en situación de indefensión sin poder ejercitar sus acciones civiles hasta la finalización del procedimiento de reforma. Por lo expuesto deben interpretarse con amplitud las demás disposiciones sobre la materia del art. 14 mencionado.

En este sentido los Juzgados de Menores habrán de consignar siempre en sus resoluciones, los hechos probados sobre la participación del menor y daños y perjuicios derivados de los hechos punibles realizados, para que surta los oportunos efectos ante los Tribunales civiles, conforme a la prescripción del párrafo 1.^o del art. 14. Además habrán de propiciarse las posibilidades del párrafo 2.^o del tan citado art. 14 y admitir que el menor —que en este caso deberá contar sin duda con asistencia letrada— y el Ministerio Fiscal, únicas partes formales ya, puedan acordar deferir al Juzgado de Menores la competencia para resolver sobre las consecuencias civiles de la infracción penal estimada. La resolución tendría fuerza ejecutiva ante el correspondiente Juzgado civil aunque al perjudicado, que no ha tenido opción a intervenir en el procedimiento de reforma, debe necesariamente reconocérsele la potestad de disentir de la misma y formular ante los Tribunales civiles los pedimentos que entienda procedentes. No hay obstáculos para aplicar por analogía el precepto a las propuestas de reparación extrajudicial del art. 16-3 ya comentadas atribuyéndolas asimismo fuerza ejecutiva tras su ratificación judicial.

Los puntos de vista del legislador creo que son diferentes en lo que hace referencia a consecuencias civiles dimanantes de las faltas del art. 584 CP, cometidas por mayores de edad y cuyo conocimiento viene también atribuido a los Juzgados de Menores, en virtud de lo previsto en el art. 9-2 de la nueva LORCPJM. En efecto, al tratarse de un verdadero proceso penal y declararse en la sentencia las responsabilidades jurídico-penales de los autores de las faltas, razones de economía procesal llevan a proponer que el conocimiento se extienda también a las reparaciones e indemnizaciones que sean pertinentes conforme a los arts. 101 y si-

guintes del CP. Así se desprende del art. 15-2 de la LORCPJM que al regular el procedimiento de este supuesto competencial, se remite sin excepciones al juicio de faltas y entre ellos a los preceptos que obligan en el mismo a efectuar los consecuentes pronunciamientos civiles.

De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña (*)

JOSE ADELANTADO GIMENO

Profesor del Departamento de Sociología de
la Universidad Autónoma de Barcelona

La idea de resocializar a los condenados a penas privativas de libertad toma auge en Europa en la década de los cincuenta y sesenta. Se postulaba que el castigo debe ser socializador y que la socialización debe procurarse con medidas de defensa preventivas, educativas y curativas, en lugar de con penas. La «*défense sociale nouvelle*» de Marc Ancel es un neocorreccionalismo que mediante el tratamiento criminológico encaminará al interno a la resocialización. Su formulación se aparta de conceptualizaciones represivas y supone un replanteamiento del castigo en términos humanistas, que será duramente contestado en los años sucesivos. Numerosos autores (entre otros: R. Bergalli, 1976; F. Muñoz Conde, 1982; A. Baratta, 1986a; B. Mapelli, 1983) darán cuenta del contrasentido que supone pretender liberar reprimiendo y de la imposibilidad de resocializar privando de libertad. A pesar de las críticas, la idea de recuperar socialmente al condenado mediante el tratamiento penitenciario y las alternativas a la cárcel alcanzarán notoriedad jurídica a partir de mediados de los setenta. La Ley penitenciaria italiana de 1975 prevé que «en relación con los condenados y presos debe aplicarse un tratamiento reeducativo que especialmente por contratos con el mundo exte-

(*) Para la confección de este artículo se ha utilizado parte del material correspondiente a una investigación empírica financiada por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia (Generalitat de Catalunya) llevada a cabo durante el mes de julio de 1991. En el texto, las notaciones GP, AT, AR e IN, seguidas de un número, corresponden a las entrevistas de investigación realizadas a 5 Gestores Políticos (GPn), 9 funcionarios del Área de Tratamiento (ATn), 11 funcionarios del Área de Régimen (ARn) y a 10 internos (INn).

rrior se dirija a la reinserción social de los mismos». Igualmente, la ley alemana de 1976 considera como meta de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, capacitar al recluso mediante el tratamiento «para llevar en el futuro en responsabilidad social, una vida sin delitos».

Estas leyes hunden su legitimidad en el orden cultural que sustenta el Estado de Bienestar desarrollado después de la segunda postguerra mundial: la asunción de que el delito tiene componentes psicosociales y que, por tanto, el fin de la pena debe ser la ayuda al condenado por medio del tratamiento para su reeducación y readaptación social y, también, la justificación de un Estado neutral, que beneficie a todos, y una pena que disuade a la generalidad sobre la comisión de delitos. Pero como señala A. Baratta (1989) la emergencia del terrorismo y la reacción de los Estados frente a ese fenómeno, han determinado en varios países europeos modificaciones en el régimen carcelario y en la política de utilización de las cárceles, que con razón se conocen como «contrarreformas». Estas han incidido negativamente sobre los elementos más innovadores (los que deberían haber asegurado la «apertura» de la cárcel hacia la sociedad: permisos, trabajos externos, régimen abierto) hasta el punto de hacer inoperantes los instrumentos que habrían debido facilitar la reintegración social de los condenados. La creación de «cárceles de máxima seguridad» ha significado, por lo menos para un sector de las instituciones carcelarias, la renuncia explícita a objetivos de resocialización y la reafirmación de la función que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo: la de depósito de individuos aislados y neutralizados del resto de la sociedad. Por otro lado, la crisis fiscal del Estado que ha repercutido por todo el mundo occidental entre los años 70 y 80, ha suprimido en buena parte la base material de recursos económicos que habrían debido sostener una política carcelaria de resocialización efectiva. Esos elementos y otros, como la modificación de la estructura de clases y la emergencia de nuevas formas de desigualdad social, hacen que en muchos países asistamos hoy a un desplazamiento del discurso resocializador, que se dirige hacia la neutralización o incapacitación de los condenados; en suma, la importancia adquirida por la teoría de la prevención general negativa (1).

En lo tocante a España, en los años sesenta se observaron ya algunos signos de acercamiento a las corrientes penitenciarias europeas. Con el Reglamento de Prisiones de 1968, se da un paso importante al introducir el tratamiento criminológico en el sistema penitenciario. La gestión y la administración del tratamiento quedaron confiadas desde una ley de 1970, a un cuerpo técnico de instituciones penitenciarias. Sin embargo, durante la transición del franquismo a la democracia, no ya el

(1) Cfr. G. SMAUS (1985) en «Le legittimazioni tecnocratiche del diritto penale: fuga in avanti nella prevenzione generale», y el mismo A. BARATTA (1986b).

tratamiento sino el hacinamiento en las cárceles, la ociosidad de los presos y un modelo de gestión cuasi-militar, eran problemas de mayor envergadura y tal vez los principales factores desencadenantes de un agudo conflicto en el seno de las instituciones penitenciarias. Además, los valores democráticos exigían remover esos obstáculos y adaptar la ejecución de la pena a las metas resocializadoras. De ahí que la misma Constitución propugne que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social».

El hacinamiento de la población penitenciaria había sido «corregido» por los sistemas tradicionales utilizados en España para vaciar las cárceles, el «indulto» de 25 de noviembre de 1975 y la «reforma legislativa» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1983. Pero un problema tan importante como el del hacinamiento lo representaba la denuncia de la tortura física practicada en las cárceles. Los funcionarios de vigilancia suponían el principal obstáculo para una gestión tecnocrática y resocializadora. Y, si se tiene en cuenta que los principios de fondo de la Constitución de 1978, de la LOGP de 1979 y del Reglamento Penitenciario de 1981, se inscriben en el modelo cultural correspondiente a los Estados de Bienestar a los que España aspira a equipararse, se podrá comprender la necesidad de limitar las prácticas franquistas en la ejecución de la pena y la conveniencia legítima de potenciar el tratamiento reeducativo y las alternativas comunitarias.

Respecto a Cataluña, el día 28 de diciembre de 1983 se publica el Real Decreto de traspaso de servicios del Estado a la Generalitat de Catalunya en materia de Administración Penitenciaria. Ese traspaso era producto del desarrollo del Estatuto de Autonomía de 1979 en el que se establece que corresponde a la Generalitat la ejecución de la legislación del Estado en materia penitenciaria. El hecho de que en el Estatuto de Autonomía ya se prevea el traspaso de la gestión de las cárceles nos parece interesante tanto desde una perspectiva nacionalista, como respecto a la problemática de la legitimación de las estructuras de poder de lo que V. Pérez Díaz (1987) llama mesogobiernos. Acordar el traspaso de la gestión de un «paquete» tan poco rentable políticamente da cuenta de una concepción amplia del Estado de las Autonomías, pero también supone la posibilidad de optimizar la gestión de una esfera en la que obtener ventajas legítimas frente al Estado central.

La transferencia de competencias exclusivas sobre instituciones de protección y tutela de adolescentes y jóvenes en 1981 (a partir de la cual se desarrolla el Servei de Medi Obert) (2), y la inauguración de la cárcel

(2) Una de cuyas figuras principales serán los DAM (Delegados de Asistencia al Menor). Para una aproximación al perfil socioprofesional de los DAM consultar C. RIMBAU (1990) «Els DAM, un projecte d'intervenció social amb perspectives de futur».

de «Quatre Camins» el 28 de julio de 1989 (3) vinieron a paliar el problema de la masificación (4). Pero sobre la resocialización mucho nos tememos que como escribe B. Mapelli (1986a) se esté utilizando como elemento ideológico con la intención de legitimar el castigo bajo la forma de una ayuda compensatoria de déficits educativos. La euforia y mistificación han servido para perfeccionar la burocracia carcelaria y reducir formalmente sus propias contradicciones. Al cabo, la creciente demanda social a la cárcel de sus funciones de castigo y control incide en el abandono de las metas resocializadoras, legitima la intervención punitiva y refuerza la capacidad de la pena privativa de libertad.

En este trabajo argumentaré la transición de la resocialización a la nueva custodia en el caso de Cataluña. Para ello me centraré en la exposición de algunos elementos característicos que intervienen en la reinserción social en tanto que proceso continuo entre la prisión y la comunidad. En especial se hace mención a las relaciones entre Servicios Sociales, Justicia y alternativas comunitarias para, finalmente, indicar que tanto el tratamiento penitenciario como el postpenitenciario, lejos de estar al servicio de las metas resocializadoras, han degenerado hasta convertirse en meros instrumentos reguladores del conflicto interior, en la dirección general de transformar la institución carcelaria hacia un puro sentido custodialista.

1. Servicios Sociales y Justicia

En una descripción sobre las relaciones entre los Servicios Sociales y la Administración de Justicia en Europa, M. F. Masgoret (1989), encuentra que se dan tres modelos que dependen a) Del concepto que el propio país tenga de los Servicios Sociales. b) Del nivel de desarrollo existente en la prestación de los servicios y c) De su nivel de descentralización e integración. En el primer modelo la Administración de Justicia funciona sin Servicios Sociales complementarios y es al que habría pertenecido España durante largo tiempo. El segundo modelo es el de aquellos países que como Alemania, Italia, Francia y ahora España, la Administración de Justicia dispone de unos Servicios Sociales exclusivos, en duplicidad con la red de recursos asistenciales para toda la po-

(3) La resolución del conflicto entre distintos agentes políticos (Estado Central, Generalitat de Catalunya, Ayuntamientos y Vecinos) y sus respectivas estrategias hasta la implantación definitiva en «Quatre Camins», ha sido analizado por ALBERT BATLLE (1989), de la Universidad Autónoma de Barcelona, en un trabajo inédito: El procés d'implementació de la «presó de la Roca».

(4) Un análisis sociológico, con manejo de datos cuantitativos sobre el volumen de la población reclusa en Cataluña es el de R. BONAL y J. COSTA (1986): «La població reclusa a Catalunya. Dades per a un treball social penitenciari».

blación. No obstante el despilfarro de recursos, la mayor desventaja de este modelo reside en el etiquetamiento de los usuarios. El hecho de ser unos servicios especiales los que presten la ayuda aumenta la marginación y tiende a reforzar la separación entre delincuente y sociedad. En el tercer modelo la Administración de Justicia no dispone de una red propia paralela a otras, sino que utiliza la red existente para toda la población. Esto es propio de los países nórdicos y anglosajones, fruto de una etapa más evolucionada de los Servicios Sociales (5).

En los Estados de Bienestar más desarrollados existen pues unos Servicios Sociales totalmente independientes del sistema penal. Sin embargo, como señala J. Bustos Ramírez (1989: 21), «la independencia orgánica del sistema penal no garantiza necesariamente que no se produzca una “judicialización” o “penalización” de los Servicios Sociales. Un claro riesgo es la creación de instituciones penales derivadas a cargo de los trabajadores sociales y que, al fracasar individualmente, implican el retorno a la institución penal originaria y provocan un aumento y retroalimentación del sistema penal. Pero aún cuando se superen estos obstáculos y los Servicios Sociales actúen en forma totalmente independiente del sistema penal, todavía queda un obstáculo más, esto es, que en esta labor en relación al conflicto social delincencial, los Servicios Sociales adopten la función de un control social más. Esto es, que se proyecten dos sistemas de control social, uno duro, el penal, y otro blando, el de los servicios sociales» (6).

(5) La relación entre Servicios Sociales y Justicia, es decir, de la política social y la política criminal está asociada al grado de desarrollo político del Estado de Bienestar y a la distribución del poder social. En este sentido se confirma una gradación norte-sur de diferentes modelos de Estado de Bienestar (D. E. ASHFORD, 1986; G. ESPRING-ANDERSEN, 1990), que ofrecerían distintas combinaciones de poderes en el seno del propio Estado y de éste respecto a la sociedad civil. Pues en la medida en que la ejecución penal esté más alejada del mero encarcelamiento o de una amplia judicialización, se tiende a modelos punitivos menos «penalizados» y la integración/control se plantea en ámbitos comunitarios, que se presentan como menos «intervenidos» por el Estado.

(6) La preferencia del control social blando en torno a la marginación es expuesta por M. CLEMENTE (1987) en «El control social y la marginación», trabajo en el que plantea las ventajas de las instituciones de control social informal, y el peligro de que se conviertan en control formal en manos de la Administración. A mayor abundamiento, un análisis teórico e histórico de los servicios sociales como institución de control social puede hallarse en la tesis doctoral de S. SARASA (1990) «La lógica de los servicios sociales: altruismo y control». Respecto a las implicaciones socioculturales y políticas a escala comunitaria es interesante el trabajo de Ian TAYLOR (1983) «Crime Capitalism and Community». El número 16 (1989) de la revista de «Servicios Sociales y Política Social» dedica un monográfico a las relaciones entre Trabajo Social y Justicia, en el que entre otros aspectos, también se señala el escaso desarrollo de esos servicios y su concepción subordinada al aparato judicial y las críticas de los profesionales.

En España los antecedentes de la asistencia social penitenciaria y postpenitenciaria como un servicio propio del Ministerio de Justicia se pueden situar a mediados del siglo XVIII, cuando la beneficencia empieza a ser ejercida por el Estado. La beneficencia pública se conecta con el nuevo Derecho Penitenciario y se crean órganos dependientes de la Administración de Justicia. El Patronato Nacional de San Pablo, el Servicio de Libertad Vigilada y el Patronato de nuestra Señora de la Merced son algunos de esos servicios de asistencia social. Pero como señala C. Carmona Salgado (1989), la escasez de recursos económicos, la falta de un personal profesionalizado y exclusivamente encomendado al ejercicio de las actividades asistenciales, así como la ausencia de un adecuado desarrollo normativo del servicio, fueron las tres causas fundamentales frente a las que reaccionaría el Poder Judicial mediante la Ley General Penitenciaria con la creación de la «Comisión de Asistencia Social», organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Mediante las Comisiones de Asistencia Social el Ministerio de Justicia tiende a ampliar su influencia penal fuera de la cárcel y se vincula a las ideas resocializadoras aun reservándose la ejecución penal en la comunidad. Pero en el Estado español, lejos de existir un amplio desarrollo de los Servicios Sociales, para la eficacia resocializadora de las Comisiones de Asistencia Social se producen ciertas complicaciones.

Sobre la gestión de los penados el problema se planteará al estar éstos no bajo control judicial sino en manos de la Administración Penitenciaria, y básicamente en poder del área regimental. H. Asensio (1987: 139-140) ilustra el núcleo del problema en el siguiente pasaje: «Los Jueces y Tribunales, a partir de la imposición de la sentencia se desentendían del sujeto condenado. Era la Administración Penitenciaria la que podía determinar que la pena tuviese mayor o menor duración. Sólo el acto formal de aprobar el licenciamiento definitivo, podría ser considerado como cierto control judicial de la ejecución, lo que no dejaba de ser más formal que efectivo, por cuanto en no pocos casos la Administración ya se había encargado de que el sujeto no se encontrara en prisión, otorgándole la Libertad Condicional, sin la más mínima intervención judicial. Otro tanto podemos decir de la forma de la ejecución propiamente dicha. El control judicial era prácticamente nulo y sólo a través del recurso contencioso-administrativo podía intentar el interno dejar sin efecto algún acto de la Administración. Lo que, por razones evidentes, constituía una escasa garantía. Por ello no se podía entregar a la Administración «penas en blanco» para que ella decidiera la duración de la misma y las condiciones de ejecución. Era necesario un efectivo control y un sistema a través del cual se garantizara el principio de legalidad en la ejecución». En base a estos argumentos nace en 1979 el Juez de Vigilancia Penitenciaria

aunque con serios problemas de funcionamiento práctico e instrumentación jurídica (7).

Por otro lado, como se ha señalado, la ideología resocializadora culmina incorporando a los textos legales una variada gama de instancias comunitarias como medio para hacer frente a la crisis de la prisión en tanto que institución ineficaz para la resinserción social. Las alternativas a la institución carcelaria tienen en común que pasan por la comunidad y, en ese sentido, la política criminal empieza a concebirse como una esfera de la política social. La ampliación de la política social al ámbito penal provocará tensiones entre el sistema judicial y los servicios sociales. C. Rimbau y J. Estivill (1987) señalan un conflicto de competencias en la actualidad entre Administraciones Públicas en temas como jóvenes y menores, familias de acogida, «probation», trabajos comunitarios, asistencia social en juzgados de guardia... y reivindican una mayor presencia de los servicios sociales de base en la gestión de la pena. En el Estado español y muy particularmente en Cataluña, tras la restauración democrática y los primeros Ayuntamientos democráticos, se asiste a un fuerte crecimiento de los Servicios Sociales, sobre todo los de atención social primaria o de base. Por otra parte, el desarrollo de las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas (8) plantea intervenciones en grupos de población que también son reclamados por la Administración de justicia. De una manera u otra todas hacen referencia a la prevención, tratamiento, asistencia y resinserción social de la población delincuente, reclusa y ex-reclusa y a sus familias, y todas otorgan competencias en este sentido a los gobiernos autónomos y en concreto a los departamentos de servicios sociales, bienestar social o asistencia social.

El conflicto política social-política criminal se plantea en el campo ideológico de la «comunidad», en que servicios sociales y desinstitucionalización convergen. Pero la degradación de la resocialización como valor social a partir de los cambios culturales y de la estructura social desde mediados de los setenta, provoca que «los Asistentes Sociales y otros científicos sociales sigan utilizando hoy el término comunidad en el sentido ideal de bondad, cooperación y ayuda mutua. Esta actitud no es más que una concepción romántica, un deseo que *a priori* no se corresponde con la realidad. En el fondo no es más que hacerle el juego a la creación de una ideología que, como todas, su función consiste en jus-

(7) Los gestores de la Administración Penitenciaria, no sometidos al control judicial, han opuesto resistencia para la aplicación del principio de legalidad en un Estado de Derecho (B. MAPELLI, 1987); el desarrollo legal de la figura ilustra la cicatera lucha por el poder entre el Ejecutivo y el Judicial (A. DOÑATE, 1987); así como también es de señalar la invocación a su fortalecimiento en base a la ideología resocializadora contenida en el artículo 25.2 de la Constitución (H. ASENSIO, 1987).

(8) País Vasco, 1982; Navarra, 1983; Madrid, 1984; Cataluña, 1985; Castilla-La Mancha, 1986; Canarias, 1987.

tificar y perpetuar el sistema» (J. L. Malagón, 1989: 9). En este sentido de instrumentalización de lo comunitario como mera legitimación de la gestión política, un profesional lo describe así «el supuesto concepto de comunidad que hoy estamos utilizando está pasando a adquirir un valor de pura retórica con connotaciones míticas. Ante la crisis de los marcos teóricos o de ideologías globales que orienten nuestra práctica profesional, hemos tenido que ir a crear nuevas «fes»; entre éstas está la creencia en «la comunidad», vivida más como una proyección simbólica y de estímulo moral, que no como una realidad tangible con contenidos verificables y modelos contrastados. Hoy predomina un modelo vertical del concepto de comunidad, que genera un protagonismo hegemónico de la Administración en detrimento del dinamismo y vertebración de la sociedad comunitaria. También asistimos, consecuentemente, a una falta de autoafirmación creativa de los ciudadanos» (A. Alvarez Aura, 1990: 35) (9).

Parece que en la actualidad el discurso resocializador se encuentra con serias limitaciones para su desarrollo en el medio abierto (10) al tiempo que se instrumentaliza ideológicamente para contener la crisis de la prisión y debilitar el poder del Area Regimental en su interior. No obstante la presente degradación del modelo de resocialización, es oportuna la formulación intencional en boca de sus gestores políticos:

«Se pretende actuar como soporte, ayuda, intervención y seguimiento de todas las personas que quedan afectadas cuando se entra en prisión (penado y familia). Nuestra misión es hacer de puente entre dentro y fuera de la cárcel y para eso trabajamos en dos sentidos. En el interior a través del modelo «polivalente» se presta una atención a los internos en función de su demanda puntual por medio del trabajador social del centro. El modelo de «reintegración» se refiere al momento en el que el penado se reincorpora a la sociedad; afecta a todos los presos y el trabajador social es el vínculo entre en interno y su territorio. Así se universaliza la atención independientemente de que se genere o no demanda y se gana en seguimiento longitudinal» (GP3). «El modelo que se quiere impulsar se basa en tres ejes, en el interior de los centros queremos motivar a la gente para que quiera cambiar su comportamiento y darle recursos personales, sociales y de formación profesional y sanitaria, etc. Respecto al exterior se persigue la «generalización», la puesta en práctica de la conducta aprendida en la comuni-

(9) Una muestra de esa inquietud en el terreno de la rehabilitación fueron las «Ires. Jornades Penitenciàries de Catalunya» que con el título «Presó i comunitat» editó la Generalitat de Catalunya en 1988; así como también el trabajo de R. BONAL (1988) «La comunidad y el régimen abierto».

(10) Por ejemplo, en Italia, tras la reforma penitenciaria de 1975, el proceso de endurecimiento del régimen carcelario, el abandono de las metas resocializadoras y la reducción al mínimo los derechos del recluso es analizado por G. BRONZINI y M. PALMA (1986) «La riforma penitenziaria tra riduzionismo e differenziazione».

dad. Ese es el objetivo que se persigue con las Secciones Abiertas, con la Libertad Condicional y con las salidas programadas» (GP1) (11).

2. Justicia y Administración Penitenciaria

En las páginas que anteceden se han señalado algunos de los problemas que tienen lugar desde la perspectiva de la ejecución de la pena en la transición carcelaria del franquismo a la democracia. Sin embargo, aún lejos del desarrollo democrático en el que la ejecución de la pena dependa del ámbito judicial, la política penitenciaria está condicionada entre otros factores por la demanda social al sistema penitenciario, por el grado de tolerancia social a los riesgos percibidos y por el grado de sensibilidad social sobre los problemas que genera el propio modelo penitenciario (S. González, 1991). Es constatable a través de los medios de comunicación una cierta preocupación en la Institución Penitenciaria por la repercusión que pueda tener sobre su propia imagen social los delitos que cometen los penados en situación de medio abierto (permisos penitenciarios o terceros grados). Esta preocupación por desvincularse de la responsabilidad de los actos de los penados fuera de los muros carcelarios, que se expresa diciendo que los presos estaban fuera de la cárcel siguiendo las normas «judiciales», tiende a condicionar de manera restrictiva la aplicación del régimen abierto en el sistema penitenciario. En este sentido se reconoce que:

«Sería conveniente que se asumieran más riesgos a la hora de pasar gente a las Secciones Abiertas; se juega demasiado a una política de riesgos controlados» (AT4).

La política penitenciaria que se sigue respecto al medio abierto en relación a Libertad Condicional y Secciones Abiertas, el tratamiento transinstitucionalizado de drogodelincuentes, los permisos penitenciarios y las salidas programadas, al tiempo que se inscribe en la filosofía resocializadora, se combina estratégicamente con la regulación del juego de intereses que operan en el seno de la institución total.

Los gestores políticos de la cárcel tienen que combinar dinámicas externas e internas para maximizar las posibilidades de legitimación/control, y revalidar su posición en el juego político. Lo que se interpreta como una demanda social de las funciones tradicionales de castigo y control a la institución penitenciaria, el pánico moral derivado de la inseguridad ciudadana, y el escepticismo sobre las posibilidades de rehabilitación de los presos, parece que reclaman una política criminal

(11) El modelo teórico con que se operaba sobre el trabajo social penitenciario está parcialmente expuesto en A. ESTELA (1987); J. M. PUJAN (1987); J. FONT y F. LARRAURI (1988). Para el caso de Italia una exposición teórico-crítica sobre el trabajo social penitenciario es la que realiza R. BREDA (1985).

de mayor control físico sobre los internos (S. González, 1991). La instrumentación práctica de esa demanda casa mal con la ideología resocializadora y con el control judicial de la ejecución penal, aunque legítima la existencia de la cárcel y su función tradicional de aislamiento y control.

Tras la pérdida definitiva del papel de la cárcel como instrumento de regulación del mercado de trabajo, y del desarrollo de las cárceles de máxima seguridad, la meta resocializadora en el marco penitenciario ha jugado y está jugando un papel de superación de la crisis de la prisión (B. Mapelli, 1986a). Gracias a su cambio de significado, la cárcel (y el Derecho penal) aparece no como un instrumento reproductor de la desigualdad social y de los valores hegemónicos culturalmente. (A. Baratta, 1986a), sino más bien como un ensayo de vida social. Se pretende hacer creer a la comunidad la bonanza de la prisión a través de sus funciones resocializadoras. Los contactos exteriores, los talleres en el centro, las relaciones íntimas y otras circunstancias del actual derecho penitenciario sólo deben contemplarse como medidas de progreso en tanto que tiendan a la superación de la pena y de la cárcel misma, pero puestas al servicio de las metas resocializadoras —como sucede hoy— aquellas medidas se convierten en instrumentos de control. La privación de libertad multiplica sus efectos y funciones disciplinarias si a ella se suma el chantaje institucional a través de las medidas atenuadoras distribuidas entre los internos en base a criterios resocializadores.

Esos elementos de carácter reeducador en teoría, se utilizan como recursos organizativos para la gestión del conflicto en la institución penitenciaria. De ese modo, tanto el tratamiento penitenciario como las alternativas de prisión abierta, cobran gran trascendencia pero no como plasmación del avance de las ideas resocializadoras, sino como elemento regulador del conflicto interior. Sobre el funcionamiento de las Instituciones Penitenciarias en Catalunya, recientemente se han realizado dos estudios que ofrecen conclusiones parciales en ese sentido. F. Elejabarrieta, S. Perera y A. Ruiz (1991: 254 y 263) encuentran que en la representación del sistema de fases, para funcionarios de vigilancia y técnicos el programa de clasificación es positivo en la medida que «apacigua» y reduce el nivel de conflictividad. Mientras que S. González (1991: 132 y 135) opina que en la práctica, el tercer grado-medio abierto existente, globalmente puede explicarse más como un instrumento de la gestión del conflicto institucional en el interior de los centros (regulador de la tensión institucional), que como un sistema alternativo a la prisión tradicional para cumplir penas.

Los permisos penitenciarios y las salidas programadas también se sustentan en los principios resocializadores. Para E. Pérez Fernández (1990), las salidas programadas tratan de posibilitar la vinculación entre la prisión y la comunidad y sirven para evitar que el interno interrumpa sus relaciones con la sociedad. El fundamento teórico del programa rehabilitador de salidas programadas, se encuentra en el espíritu resocializador de la legislación penitenciaria y en los requerimientos técnicos de

los programas tratamentales desarrollados por el conductismo carcelario (Cfr. en S. Redondo, V. Garrido y E. Pérez, 1988). Los permisos de salida, aun cuando su primera práctica se remonta a la gestión del presidio de Valencia por el coronel Montesinos (1834-1854), y el primer antecedente legal en España venía recogido en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, también se sustenta en opiniones doctrinales proclives a las ideas resocializadoras, sin embargo, en la LOGP los permisos son contemplados no como elemento resocializador sino de control interior. Como observa L. Garrido Guzmán (1989: 92), «promulgada la LOGP, la materia concerniente a los permisos de salida constituye un capítulo autónomo, el VI, artículos 47 y 48, dentro del Título II dedicado al Régimen penitenciario. Pero, tratándose de una de las instituciones más eficaces con que cuenta el moderno tratamiento penitenciario, debía haberse incluido en el Título III relativo al Tratamiento».

La utilización de los «permisos» por parte de la dirección de la Administración Penitenciaria como elemento de gestión del orden interior, y como recurso organizativo que permite una práctica premial de dudosos efectos reeducadores, se corrobora por las palabras de nuestros entrevistados:

«Los permisos sirven para mantener la paz, y la evolución vital y psicológica del interno» (AR10). «Los permisos están bien pero se dan sin ningún criterio serio. El que ha tenido dos permisos y ha vuelto se le da otro; el que está por abusos deshonestos no; el que cae bien sí; el que es chivato también. A veces los chivatos se ven obligados a hacerlo para pactar permisos» (AR8). «La gente para tener beneficios hace de chivatos. Estuvimos en una charla que nos dio la dirección y nos dijeron que delatar y chivatear no era malo sino colaborar con la dirección» (IN7). «La mitad consigue los permisos denunciando a otros internos» (IN6). «La dirección lo que no quiere son conflictos, y para ello hace que se den muchos permisos. Si los internos arman líos con los demás se quedan sin salir. A veces a los «kies» (jefes o líderes de grupos) se les da permiso porque han colaborado con la dirección para resolver o apaciguar conflictos con los internos» (AT3). «Se dan permisos para descongestionar el centro» (AT8). «La prisión sólo estallaría si se cortasen los permisos» (IN1).

De la misma manera que el uso de los permisos penitenciarios no parece que esté abocado a fortalecer una línea de continuidad tratamental entre dentro y fuera de la prisión, el propio tratamiento en el interior de la cárcel tampoco se concibe como un elemento orientado a la reinserción:

«Es cierto que en estos momentos el tratamiento está cumpliendo una función más de control que como reeducación; la idea general es que tratamiento resuelva el tema de los permisos y cambios de fase» (AT9). «El educador es una persona que se usa para reducir conflictos» (AT5).

La clasificación y el tratamiento penitenciario son dos instrumentos cuya interrelación en el seno de la prisión implicaría desde una óptica resocializadora un orden de prioridades en el que la primera debería estar subordinada al segundo (B. Mapelli, 1986b). Lejos de eso, analizaremos más abajo cómo la clasificación-dispersión es el elemento principal, y no desde una óptica resocializadora, sino como instrumento fragmentador del colectivo presos. En nuestra investigación encontramos que no sólo el tratamiento no es prioritariamente reeducativo, sino que también tras las tareas clasificatorias se detectan finalidades de gestión no declaradas como el mantenimiento de la disciplina, el orden y la seguridad:

«El programa de clasificación interior es un facilitador de la convivencia y lo apreciamos como una herramienta que colabora en la gobernabilidad de la institución» (AR2). «El programa de clasificación interior para la conflictividad y la estabilidad funciona; para lo demás ya es otra cosa» (AT4).

Clasificación y tratamiento convergen en la prisión a través del sistema de fases y de las actividades que conlleva. El discurso resocializador en el interior de los centros ha modificado los criterios clasificatorios y aumentado la fragmentación de los presos. Clasificación y tratamiento se superponen en una coincidencia organizativa que los asocia indisolublemente. El «Programa de Clasificación en els Centres Penitenciaris» aplicado desde 1988 en todos los centros gestionados por la Generalitat representa un hito en las auténticas intenciones resocializadoras. Ese programa tiene sus orígenes en una experiencia piloto sobre modificación conductual iniciada en el Centro Penitenciario de Jóvenes de Barcelona en 1984 (S. Redondo, M. Roca y P. Portero, 1986). No es irrelevante la circunstancia de que a pesar de las coincidencias entre el sistema de fases progresivas aplicado en el Centro de Jóvenes y el Programa de Clasificación en los planteamientos teóricos y de formulación general (12), la diferencia fundamental entre ambos sea incidencia en la clasificación o en el tratamiento. El Programa de Clasificación de la Direcció General enfatiza en el elemento clasificatorio y distributivo como

(12) A este respecto es muy pertinente la aclaración crítica que realizan F. ELEJA-BARRIETA, S. PERERA y A. RUIZ (1991: 20). «Tanto las publicaciones sobre la experiencia del sistema de fases desarrollado en Centro de Jóvenes de Barcelona como en el Programa de Clasificación de la Dirección General se establece que el modelo teórico de base se encuentra en los principios del condicionamiento operante y en la teoría del aprendizaje social. El primer fundamento es correcto, ambas concepciones se asientan en los principios del condicionamiento operante, pero poco hay de la teoría del aprendizaje social, desarrollada básicamente por A. BANDURA (1974). Esta teoría, de entrada, diferencia entre aprendizaje de conductas y ejecución de esas conductas, y al postular la existencia de cuatro procesos básicos que dirigen el aprendizaje (atención, retención, reproducción y motivación) con toda una serie de factores condicionantes para cada proceso, deja poco margen de utilización de sus postulados para el ámbito de prisiones».

eje «en el que» tendrán lugar los programas de tratamiento cualesquiera que estos sean. Hasta entonces, en el Centro Penitenciario de Jóvenes el sistema de fases o grados progresivos se planteaba como una técnica más de modificación de conducta (F. Elejabarrieta, S. Perera, A. Ruiz, 1991). Pero al priorizar la Administración Autonómica la preeminencia de la clasificación sobre el tratamiento mueve a pensar que el objetivo prioritario era la dispersión y fragmentación de los presos bajo cualquier criterio tratamental, como condición necesaria para evitar el contacto colectivo como fuente de conflictos:

«Las fases han servido para tener a menos gente en los patios y para dividir a los internos, facilitan la paz institucional y nada más» (AR7). «El programa de fases funciona para la vida regimetal porque permite distinguir entre buenos, menos buenos, malos y muy malos, pero no sirve para reeducar. Sirve para estratificar y poner etiquetas, es como en la sociedad» (AR11). «El sistema de fases es una técnica más que organiza la vida interna y mejora el clima social de la prisión» (GP4).

3. De la resocialización a la custodia a través del tratamiento

El tratamiento penitenciario tiene sus antecedentes menos remotos en los sistemas progresivos puestos en marcha en la segunda mitad del siglo XIX, según los cuales la atenuación de la pena dependía de la conducta del recluso. El sistema de fases progresivas que se implanta en 1984 en el Centro Penitenciario de Jóvenes de Barcelona se plantea por quienes lo aplican como un programa de tratamiento conductual de los internos basado en el diseño ambiental de los sistemas organizacionales «con el objeto de moverles a participar» en diferentes programas (S. Redondo, M. Roca, E. Pérez, A. Sánchez y E. Deumal; 1990) Para los autores los componentes principales del sistema de fases son:

1.—Establecimiento de un grupo de programas, actividades y normas de conducta dirigidas al logro de mejoras en el proceso de socialización de los internos, mediante su participación activa en los mismos; estos programas eran los siguientes: programa escolar en sus diferentes niveles, programa de actividades deportivas, talleres ocupacionales, talleres productivos y programas de animación sociocultural; programas y normas de autocuidado relativo tanto a la higiene personal como a las dependencias del centro, normas para la disminución del consumo de drogas y decremento de conductas desadaptativas, antisociales y autolesivas, tendentes a disminuir la conflictividad institucional e individual.

2.—Estructuración del centro en cuatro unidades de clasificación progresivas que se diferenciaron entre sí en dos elementos básicos:

a) Se estableció un gradiente de exigencia creciente a los internos de las distintas unidades, respecto a la emisión de comportamientos apropiados definidos en los programas, tales como asistir a clase, ir a

trabajar, participar en los programas deportivos, asearse, no tener informes negativos, no consumir drogas, etc.

b) Paralelamente se estructuró un gradiente de disponibilidad de reforzadores, también creciente en función de la unidad de clasificación en que se encontraran los internos. Las unidades o fases se diferenciaban en ventajas institucionales como la mayor disponibilidad de dinero, el mayor número de comunicaciones íntimas, la mayor facilidad de acceso a talleres remunerados, el mayor tiempo en que los internos podían permanecer fuera de sus celdas, y la ampliación de los horarios nocturnos de ocio en los fines de semana (13).

3.—Asignación inicial de los internos a una de estas unidades de clasificación existentes tras un estudio de sus posibilidades comportamentales que realizaba el Equipo de Tratamiento del centro, integrado por psicólogos, juristas-criminólogos, educadores, asistentes sociales y miembros del equipo directivo.

4. Revisión periódica por parte de ese mismo equipo, realizándose cambios hacia unidades superiores e inferiores de manera contingente con el incremento o disminución en la emisión de las conductas que son exigidas en cada fase.

5. Información sobre el sistema y su funcionamiento a todo el personal del centro y a los propios internos, usando para ello los siguientes medios: folletos, dosieres informativos y reuniones explicativas.

Las distancias entre el planteamiento teórico de las fases como una técnica de modificación de conducta (que se inscribe idealmente entre los objetivos resocializadores del tratamiento penitenciario), y los efectos de su funcionamiento práctico son importantes para comprender cómo se produce el orden social en la institución y los mecanismos disciplinares por los que se condiciona a los individuos a respetarlo:

«Lo de las fases es un montaje, una trampa; muchos internos progresan perjudicando a los demás compañeros al chivarse y hacer la pelota» (IN6). «Lo de las fases es para tener a la gente más controlada y más pillada» (IN10).

Las fases operan sobre una previa clasificación-distribución de los internos en grados que posteriormente fragmenta y estratifica según su nivel de participación en las actividades que propone el centro:

«Las fases dan ventajas al interno en cuanto a su calidad de vida al tiempo que los fragmenta por características sociológicas, educativas,

(13) «En consonancia con la Ley Empírica del Efecto establecida en el modelo del condicionamiento operante, podía esperarse que el cambio de unidad de los internos en sentido ascendente funcionara como refuerzo y, por tanto, incrementara la frecuencia futura de los comportamientos apropiados. Mientras que cabía esperar que el cambio de unidad de los internos en sentido descendente funcionara como castigo y, por ello, redujera la emisión futura de los comportamientos no deseados» (Cfr. S. REDONDO, M. ROCA, E. PÉREZ, A. SÁNCHEZ y E. DEUMAL; 1990).

patrones de conducta, etc.» (AR5). «Si el tratamiento no llevara aparejada la redención no se harían las actividades» (AR10).

Se supone que, independientemente de la cualidad de las actividades, a un mayor volumen de ocupación-participación diaria, corresponde una mayor destreza de habilidades psicosociales:

«Salvo “pisar calle” las ventajas que se dan son ridículas. En las fases se tendrían que pedir cosas más importantes. Lo único que se pretende es mantener a la población tranquila, que no dé problemas. Si un interno progresa es para conseguir su permiso, esa es la única motivación» (AR9).

Por otra parte, el mecanismo premial de las fases consiste fundamentalmente en la obtención de permisos de salida, como muestra y recompensa a una dirección adecuada de resocialización:

«Los internos perciben la progresión como más permisos» (AT4). «Se confunde rehabilitación con actividades para darles permisos y redenciones» (AR11). Aunque pueda resultar paradójico, lo determinante no es la cualidad del contenido de las actividades, por otra parte demostrado por casi todos, sino la cantidad de horas al día que se está ocupado. «Para “pisar calle” hay que hacer una serie de actividades, pero lo único que interesa es el permiso» (IN10).

Así, a medida que los internos conceden más de su tiempo a la institución y se distribuyen en espacios diferenciados para realizar las actividades, acceden a mayor libertad de movimiento tanto dentro como fuera de la prisión. La dinámica clasificatoria permite a través de las fases, incidir en una mayor fragmentación y a la puesta en circulación de unos mecanismos en teoría reeducadores, pero en la práctica contenedores de la tensión institucional. No se duda de que los gestores penitenciarios sean partidarios de la resocialización, todos lo afirman, pero también es clara la prioridad de contener el conflicto tanto políticamente como condición necesaria para la reeducación. La paz institucional es el principal objetivo de la gestión carcelaria, mientras que la resocialización es una meta secundaria y subordinada al orden interior. Eso hace de las actividades un simulacro reeducativo y las instrumentaliza como reguladoras de la tensión institucional aumentando la opción aislacionista y de control físico de los penados.

La disociación organizativa dentro-fuera no sólo crea la necesidad de una relación entre esferas de la Administración a distinto nivel político, como son la Local y Autonómica sino que fundamentalmente, deja las decisiones en materia de clasificación y política de tratamiento en manos de los técnicos que precisamente no tienen perspectiva hacia fuera (S. González, 1991):

«La reeducación aquí se ve como una cosa muy cerrada en el centro, sin relación con el exterior»... «Existe una fuerte falta de relación entre los Servicios de Atención Primaria y los Servicios Sociales Penitenciarios» (AT8).

La paz institucional es el rendimiento organizativo máspreciado de la gestión penitenciaria como resultado político de interpretar una demanda social de aislamiento y control físico. Se prioriza la clasificación-dispersión sobre el tratamiento, pero se le asocia un elemento dinámico como son los permisos penitenciarios que subliman el orden interior en mayor medida que intervienen como elementos reeducadores. «Pisar calle», lejos de ser un momento en un «continuum» resocializador, es la consecuencia de intercambiar potenciales de conflicto por paz institucional. Los permisos penitenciarios actúan como recurso organizativo regulador del conflicto por medio de asignar valores ordinales a una fragmentación del tiempo y del espacio. De ese modo, el sistema de fases progresivas se combina estratégicamente con la preeminencia de la clasificación-dispersión y tiende a desvincularse de la reeducación y mucho más del régimen abierto como paso siguiente en un proceso de resocialización comunitaria.

En esta perspectiva, la función que cumplen las Secciones Abiertas y la Libertad Condicional, así como el programa de salidas programadas, o el sistema de fases y el mecanismo premial de permisos que conlleva, responden a necesidades de regular el conflicto y mantener el «orden» en el interior. S. González (1991: 40) apunta algunos elementos de esta dinámica intrainstitucional, y deja traslucir los pasos hacia una degradación del modelo de resocialización. «El sistema penitenciario prioriza que los técnicos estén dedicados, absorbidos, por la realidad del interior de los centros, no teniendo información ni perspectiva de la realidad social de los internos, ni de los recursos potenciales del exterior. Parece que esta «conexión externa» la ha de facilitar las Comisiones de Asistencia Social Penitenciaria, pero ni los recursos humanos de éstas son mínimamente suficientes ni el planteamiento de la coordinación trabajadores sociales-equipos de tratamiento penitenciario ofrece los resultados necesarios».

4. De la resocialización a la nueva custodia

A la puesta en práctica desde el poder político de las ideas neoliberales le sucede una recomposición de los gastos sociales que afecta al volumen y a la distribución de los mismos. Para J. O'Connor (1981) los gastos sociales son los proyectos y gastos necesarios para mantener la armonía social, mientras que los recursos destinados dependen del equilibrio de fuerzas en la gestión del poder social.

La gestión presupuestaria exige de los gastos sociales adecuar la cantidad destinada y su distribución, justo hasta el nivel de equilibrio en el que es posible mantener la armonía social. La modificación de la estructura social y de los valores culturales en las sociedades occidentales ha provocado que se compriman los recursos destinados a gastos socia-

les; pues la paz social es posible mantenerla con menos gastos. Esa dinámica erosiona el funcionamiento de la ideología resocializadora y conduce al raquitismo de los recursos económicos y humanos de tal modo, que en el Estado español casi ha sido imposible su puesta en marcha. De hecho, como señala J. Alarcón Bravo (1989: 16), en el primer decenio de la LOGP «la tarea de clasificación, tan fundamental en el quehacer penitenciario es la que ha llegado a un mayor desarrollo, mientras que las tareas de programación y ejecución de métodos de tratamiento, siguen sin tener entidad pese a la claridad legal».

El cuadro general que se presenta es el de mantener la ideología resocializadora porque lo manda la Constitución y, sobre todo, porque tiene efectos positivos para la legitimación de la gestión. La resocialización permite ser instrumentalizada al posibilitar que la clasificación-tratamiento se convierta en un recurso organizativo para alcanzar la paz institucional. Pero, al mismo tiempo, la escasez de recursos presiosa sobre las condiciones de trabajo y hace que se degrade la rigurosidad profesional. La masificación, la falta de atención adecuada a los internos y el empeoramiento de las condiciones de trabajo de todos los funcionarios, son algunos de los motivos por donde tienden a explotar las tensiones.

En el funcionamiento de la Dirección General de Serveis Penitenciaris i de Rehabilitació de la Generalitat de Catalunya también se observa ese proceso. Todas las críticas convergen en señalar el mal funcionamiento de la reeducación y reinserción social en tanto que orientación de las penas privativas de libertad. La crisis de la ideología resocializadora ha modificado los objetivos políticos de gestión y orientado los gastos sociales de los Servicios Penitenciarios hacia una nueva custodia. Por otra parte, los mitos de la resocialización y el tratamiento han tocado fondo y han hecho cambiar el orden de prioridades en la ejecución penal. Si hasta mediados de los ochenta aún se prefería en Cataluña la reinserción sobre el encarcelamiento puro y duro, en la actualidad, el mismo Régimen Abierto está subordinado al orden interior. Finalmente, la falta de recursos destinados a la política criminal deteriora la calidad asistencial, hasta convertirla en mera caridad.

La legitimación política de la cárcel a través de la resocialización y del tratamiento penitenciario y postpenitenciario tenía lugar en el proceso de transición a la democracia. Pero en la medida en que la gestión del Estado se realiza desde una correlación de fuerzas favorable a las ideas neoliberales, la demanda al sistema penitenciario así como su dinámica autónoma, tienden a girar hacia una nueva custodia en detrimento de la resocialización como supuesto valor progresista:

«La masificación es un problema más peligroso que la eficacia de la resocialización. La falta de personal hace que al final siempre se vaya a la vigilancia en vez de al tratamiento, por eso se construyen cárceles en vez de aumentar el número de funcionarios de vigilancia y de tratamiento» (AR6). «El problema es político, las prisiones no venden votos; no quieren dedicarse a la prevención y, por contra, se sigue una

política de fuegos artificiales» (AT3). «Estamos asistiendo de la rehabilitación a la nueva custodia, en la que median tonos filantrópicos. Se está engañando a la sociedad diciendo rehabilitación y haciendo otra cosa; aquí dentro la solución del conflicto pasa por privilegiar la custodia, por eso los educadores actúan como contenedores del conflicto» (AT6).

Cierto desarrollo de las ideas resocializadoras podría haber conducido a la desintitucionalización del Ordenamiento punitivo, hacia la atenuación de la nocividad carcelaria y a la reducción del espacio socio-penal (B. Mapelli, 1986b). Pero no es el caso en que se está orientando la gestión penitenciaria en Cataluña. El tratamiento penitenciario y postpenitenciario tienden a ser subsidiarios de un objetivo más prioritario como es el aislamiento físico y el mantenimiento del orden interior. Tanto fuera como dentro de la cárcel el modelo tecnocrático está en retroceso y aumenta su desarticulación en el «continuum» resocializador. Un entrevistado en una larga transcripción lo ilustra perfectamente:

«La Libertad Condicional» y el «tercer grado» están poco desarrollados y se viven en las instituciones penitenciarias como un escape de la prisión (uno menos) y no como una preparación para vivir en libertad. Las «secciones abiertas» deberían entenderse como un recurso educativo dentro y fuera de la cárcel. La Libertad Condicional en muchos casos opera como una auténtica libertad definitiva cuando habría de ser condicional y programada; no se entiende como parte del tratamiento e, incluso, no se «piensa» dentro del sistema penitenciario, no se entiende como algo que pertenece a la responsabilidad penitenciaria. Todo hace pensar que en la actualidad el trabajo penitenciario acaba en los muros de la cárcel, y no es así. Las CTAS (Comisiones Territoriales de Asistencia Social) realizan una función policial-informativa, de tutela y patrocinio; mientras que el trabajador social en la prisión está utilizado como elemento de contención. Las CTAS no trabajan en coordinación con los educadores. Los educadores provocan una educación estrictamente a la institución. Se pretende que las salidas programadas y los permisos sean realmente un trabajo social penitenciario y comunitario, pero el exceso de casos por trabajador social, el colapso por servidumbres reglamentarias, la falta de un rodaje profesionalizado y la contradicción de intereses entre comunidad y prisión, hace que se produzca una adaptación institucional y una utilización meramente instrumental del Trabajo Social Penitenciario» (GP3). En el interior de la cárcel «Hoy por hoy nadie se cree el tratamiento, ni funcionarios ni técnicos. Se cuestiona la eficacia del programa (de fases) respecto a los objetivos de reeducación y reinserción que públicamente se declaran» (AR2). «En las instituciones penitenciarias sólo se cumple la custodia y la retención, para la reeducación y reinserción faltan tanto medios económicos como recursos humanos» (AT3).

Aparte de las muchas críticas teóricas que se hicieron al modelo técnico de resocialización, una cosa parecía clara, que para ser llevado a la práctica con rigurosidad se necesitaba un importante volumen de recursos. Las medidas descarceratorias no se aplicaron en profundidad. El retraso en la puesta en práctica, el fenómeno de la crisis fiscal del Estado y la gestión política en base a presupuestos económicos e ideológicos neoliberales, han cortado el escaso volumen de recursos que se empezaba a destinar a estos fines. El modelo técnico se mantiene, pero sólo a efectos legitimatorios y como herramienta disciplinar en el seno de la prisión:

«Los profesionales se encuentran con instrucciones contradictorias por parte de la dirección y por parte de la Direcció General. La dirección lo que no quiere son conflictos y la Direcció General quiere una intervención individualizada, que se hagan entrevistas, que se esté para las urgencias... una cantidad de trabajo que no se puede hacer bien con pocos profesionales» (AT3).

También se constata cierta resignación a una concepción benéfico-asistencialista que se tiene que practicar a nivel profesional:

«Respecto a los objetivos de la reeducación es que estén más tranquilos, que se lo pasen bien, porque tal y como se está de medios no se puede pedir más, y ya es bastante» (AT2). Asimismo se muestra cierta intencionalidad política, mientras las tensiones tienden a emerger por la falta de personal: *«El programa de fases facilita que los internos estén entretenidos, pero no tiene una aplicación práctica de cara a la formación, aunque los programas visten mucho no hay resultados importantes, pues falta mucho personal» (AR3).* *«El sistema de fases está bien pero no se puede llevar a la práctica por falta de medios; no se puede caer en la creencia de que algo funciona sólo con su establecimiento formal, sin dotarlo de medios eso es de idealistas ¡sic!. La reeducación significaría un aumento de personal increíble» (AR8).*

Un entrevistado con responsabilidades de gestión, que nos pidió anonimato en este punto, afirmaba que en los últimos quince años ha habido tres generaciones de penitenciarios en Catalunya. De 1975 a 1985 la batuta la llevaban los militares. De 1985 a 1990 la gestión la llevaron los tecnócratas con criterios basados en las ciencias del comportamiento. En la actualidad la línea que se está imponiendo es la filantrópica con un sentimiento de resignación a la cárcel. Los funcionarios del Área de Tratamiento son, entre las personas entrevistadas, quienes más lo acusan:

«Se está tendiendo hacia un modelo benéfico, voluntarista, caritativo, asistencial y poco profesional, aunque se le ponga buena voluntad» (AT8). *«Falta una planificación y se juega con el voluntarismo de los profesionales» (AT1).* *«Desde la Direcció General se está siguiendo un modelo asistencialista. Tal vez antes, la gente de tratamiento era más técnica, ahora lo que se pide no es tanto profesionalidad como que la gente ponga todo su esfuerzo, todo su empeño personal... es un sistema*

filantrópico en el que el trabajo pierde profesionalidad. Por ejemplo, durante Navidad hubo la «petición» de que los educadores se quedaran a pasar con los internos la Nochebuena, porque como no tienen a nadie... Se exige que los internos sean atendidos más humanamente que desde el punto de vista profesional» (AT9).

Respecto a la pérdida de rigor profesional las palabras de otro entrevistado del Área de Tratamiento no necesitan comentario:

«El programa de fases pierde su eficacia cuando está llena la prisión. Cuando la prisión está masificada los cambios de fase arriba y abajo se hacen según criterios de “plaza” lo que implica un auténtico encaje de bolillos que siempre acaba deslegitimando el sistema de fases, y al mismo tiempo desvirtúa el trabajo de los propios educadores y de todo el sistema de clasificación» (AT1).

Otro de los indicadores que nos permite abundar en la creciente degradación del modelo técnico es que, frente a la supuesta eficacia de los programas rehabilitadores, a la hora de tomar decisiones trascendentes para los internos, lo que se valora no es tanto la evolución de su comportamiento con el «peso» del expediente personal. Ellos lo perciben así:

«La progresión de fases funcionaba al principio, pero ahora la carga del interno es su propio expediente» (AR11). «Las actividades en realidad no son lo más importante, a veces depende de la condena o de otras cosas ocultas. No hay que olvidar que la cárcel es para putear al que ha transgredido la ley, no para reeducar a nadie» (IN3). «Aquí no ves al psicólogo o criminólogo a menos que los llares, lo tendrían que vivir diariamente y no fiarse del expediente» (IN7). «Aquí lo que más pesa es el expediente, siempre te echan en cara el pasado» (IN9).

El modelo asistencialista al que se tiende supone una degradación y vulgarización del modelo técnico hasta convertirlo en «ayuda» como impotencia para realizar un trabajo profesional. Entre los educadores especialmente, ese rol de ayuda típicamente asistencialista, voluntarista y benéfico, está patente:

«Los internos ven en el educador una figura de ayuda y, a veces exclaman, ¡Aquí si no nos ayuda el educador! (AT1); cosa que se confirma «En caso de necesitar ayuda se recurre al educador, pero van super agobiados de trabajo» (IN7); consecuentemente «Los internos utilizan al educador para explicarle sus penas. El rol que le otorgan los internos es próximo a la figura del «amigo» (AT5). «Los funcionarios perciben a los otros profesionales como monjas de la caridad» (AR2). No sin cierta sagacidad política se afirma: «Se está yendo hacia una actitud paternalista, proteccionista y asistencial. Eso es propio de UDC (Unió Democràtica de Catalunya) pues nos dimos cuenta de que había educadores interinos relacionados con círculos cristianos y no hay que olvidar que el actual Director General, la experiencia directa que tiene en la cárcel es la de haber sido voluntario de prisiones» (AR8).

5. A modo de conclusión

En este trabajo se ha pretendido mostrar el papel que han jugado los mitos de la resocialización y del tratamiento para la legitimación de la cárcel en la transición del franquismo a la democracia. Los cambios socioculturales de los setenta parecen estar en la base de una mayor demanda a la institución penitenciaria de sus funciones tradicionales de aislamiento y control. Con ello, no sólo reverdece la pena privativa de libertad, sino que además, el colapso en el desarrollo de alternativas comunitarias retroalimenta la tendencia a neutralizar e incapacitar a los condenados, al tiempo que tanto el tratamiento como las opciones de medio abierto operan como elementos reguladores del conflicto interior. En Cataluña ese proceso se evidencia mediante la degeneración del sistema de fases, que pasa de estar concebido como un mecanismo para el cambio de actitud, a ser utilizado como instrumento de clasificación y gestión.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCON BRAVO, Jesús (1989). «El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra n.º 1. pp. 11-23.
- ALVAREZ AURA, Albert (1990). «Per una comprensió científica i interdisciplinària de la dinàmica comunitària. Barcelona. *Revista de Treball social*, n.º 117. pp. 34-49.
- ASENSIO CANTISAN, Heriberto (1987). «La intervenció judicial en la execució penal desde una perspectiva resocializadora». Barcelona. *Poder y Control*. n.º 3. pp. 135-142.
- ASHFORD, Douglas E. (1989). «La aparición de los Estados de bienestar. Madrid. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Edición original en inglés, 1986.
- BANDURA, A. y WALTERS, R. H. (1974). «Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad». Madrid. Alianza. Edición original en inglés, 1963.
- BARATTA, Alessandro (1986a). «Criminología crítica y crítica del derecho penal». Madrid. Siglo XXI. Edición original en italiano, 1982.
- BARATTA, Alessandro (1986b). «Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal». Barcelona. *Poder y Control*, n.º 0. pp. 77-92.
- BARATTA, Alessandro (1989). «Entrevista con Alessandro Baratta por Víctor Sancha Mata». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 241, pp. 87-102.
- BATTLE, Albert (1989). «El procés d'implementació de la «presó de la Roca». Barcelona. Inédito.
- BERGALLI, Roberto (1976). «¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?». Madrid. Publicaciones del Instituto de Criminología.
- BONAL, Raimon (1988). «La comunidad y el régimen abierto». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 240, pp. 106-117.
- BONAL, Raimon y COSTA, Joan (1986). «La població reclusa a Catalunya. Dades per a un treball social penitenciari. Barcelona. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- BREDA, Renato (1985). «L'assistente sociale per adulti nel sistema penitenziario. En F.S. Fortuna (1985) «Operatori penitenziari e legge di riforma». Milano. Franco Angeli. pp. 197-224.
- BRONZINI, G. y PALMA, M. (1986). «La riforma penitenziaria tra riduzionismo e differenziazione». Bolonia. *Dei delitti e delle pene*. Anno IV, n.º 3, settembre-dicembre, pp. 489-500.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1989). «Política criminal y Servicios Sociales». Madrid. *Servicios Sociales y Política Social*, n.º 16, pp. 14-22.
- CARMONA SALGADO, Concepción (1989). «Nuevas orientaciones y sugerencias acerca de la asistencia social penitenciaria y postpenitenciaria». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra n.º 1. pp. 59-68.
- CLEMENTE DIAZ, Miguel (1987). «El control social y la marginación». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*. pp. 19-31.
- DOÑATE, Antonio (1987). «El juez de vigilancia penitenciaria». En *Privaciones de libertad y derechos humanos*. Barcelona. Hacer. pp. 211-226.
- ELEJABARRIETA, F. PERERA S. y RUIZ, A. (1991). «La representación del sistema de clasificación interior en los centros penitenciarios de Cataluña». Barcelona. *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Departament de Justícia*. Generalitat de Catalunya.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1990). «The three worlds of welfare capitalism. Cambridge. Polity Press.
- ESTELA i BARNET, Andreu (1987). «El trabajo social en el ámbito penitenciario». Barcelona. *Papers d'Estudis i Formació* n.º 2. pp. 35-44. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- FONT, Josep i LARRAURI, Francesc (1988). «Criteris d'avaluació dels pronòstics dels pressos en llibertat». Barcelona. *Papers d'Estudis i Formació*, n.º 4. pp. 41-51. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- GARRIDO GUZMAN, Luis (1989). «Los permisos penitenciarios». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra n.º 1. pp. 89-102.

- GENERALITAT DE CATALUNYA (1988). «Presó i comunitat». Barcelona. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- GENERALITAT DE CATALUNYA (1989). «Centre Penitenciari "Quatre Camins"». Departament de Justícia.
- GENERALITAT DE CATALUNYA (1990a). «Programes de rehabilitació a les persons». Departament de Justícia. Direcció General de Serveis Penitenciaris i de rehabilitació.
- GENERALITAT DE CATALUNYA (1990b). «Programa de classificació interior CP "Quatre Camins"». Sots-direcció de Tractament. Departament de Justícia.
- GONZALEZ NAVARRO, Sergi (1991). «Medi Obert Penitenciari i Recursos Socials». Barcelona. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya.
- MALAGON, J. Luís (1989). «La idealización de la comunidad». Barcelona. *Revista de Treball Social*. n.º 116, pp. 6-10.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1983). «Principios fundamentales del sistema penitenciario español», Barcelona, Bosch.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1985). «Sistema progresivo y tratamiento». En *Leciones de Derecho Penitenciario*. Madrid. ICE. Universidad de Alcalá de Henares, pp. 139-171.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1986a). «Criminología crítica y ejecución penal», Barcelona. *Poder y Control*, n.º 0. pp. 175-188.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1986b). «La clasificación de los internos». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*. n.º 236, pp. 99-125.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1987). «Presupuestos de una política penitenciaria progresista». En *Privaciones de libertad y derechos humanos*. Barcelona. Hacer. pp. 191-210.
- MASGORET, M.º Francesca (1989). «Los Servicios Sociales municipales en Europa y su relación con la Administración de Justicia». Madrid. *Servicios Sociales y Política Social*, n.º 16, pp. 32-43.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1982). «La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito». En *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Salamanca. Ediciones de la Universidad de Salamanca. pp. 388-399.
- O'CONNOR, James (1981). «La crisis fiscal del Estado». Barcelona. Península. Edición original en inglés, 1973.
- PEREZ DIAZ, Víctor (1987). «El retorno de la sociedad civil». Madrid. Instituto de Estudios Económicos.
- PEREZ FERNANDEZ, Elena (1990). «Las salidas programadas: su evolución en los centros penitenciarios de Cataluña». Barcelona. *Papers d'Estudis i Formació*, n.º 5, pp. 171-178. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- PIJUAN i CANADELL, Josep Maria (1987). «Trabajo social y jurisdicción penal». Barcelona. *Papers d'Estudis i Formació* n.º 2. pp. 45-53. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- REDONDO, Santiago; GARRIDO Vicente y PEREZ, Elena (1988). «Entorno penitenciario y competencia psicosocial: un modelo integrado de reinserción social». Barcelona. *Papers d'Estudis i Formació*, n.º 4. pp. 9-21. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- REDONDO S., ROCA M., PEREZ E., SANCHEZ A. y DEUMAL E. (1990). «Diseño ambiental de una prisión de jóvenes. Cinco años de evaluación». Valencia. *Rev. Delincuencia*, vol. II, n.º 3, pp. 321-357.
- REDONDO, S., ROCA, M. y PORTERO, P. (1986). «Aproximación conductual en un centro penitenciario de jóvenes: un sistema de fases progresivas». Madrid. *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 236. pp. 127-140.
- RIMBAU i ANDREU, Cristina (1990). «Els DAM, un projecte d'intervenció social amb perspectives de futur». Barcelona. Centre d'Estudis i Formació. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.

- RIMBAU, Cristina i ESTIVILL, Jordi (1987). «Serveis socials i justícia. Dos interlocutors per a un mateix objecte. Barcelona. Papers d'Estudis i Formació n.º 1. pp. 9-18. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- SARASA URDIOLA, Sebastián (1990). «La lógica de los Servicios Sociales: altruismo y control». Barcelona. Tesis doctoral inédita. Faculta de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Barcelona.
- SMAUS, Gerlinda (1985). «La legittimazioni tecnocratiche del diritto penale: fuga in avanti nella prevenzione generale. Bolonia. Dei delitti e delle pene. Anno III, n.º 1, pp. 93-118.
- TAYLOR, Ian (1983). «Crime, Capitalism and Community. Three essays in socialist criminology. Toronto. Butterworths.

CRONICAS EXTRANJERAS

APENDICE: Texto en español de la Parte General del C.P.M. (*)

ERNESTO CHIESA APONTE (**)
JAIME E. GRANADOS PEÑA (***)

PARTE I. PARTE GENERAL

Artículo 1.^o DISPOSICIONES PRELIMINARES

§ 1.01 *Título y fecha de vigencia*

1. Este estatuto será llamado Código Penal y Correccional y será citado de la siguiente forma (CPC). Entrará en vigor en

2. Excepto lo dispuesto en las subsecciones (3) y (4) de esta sección, este Código no se aplicará a las ofensas cometidas antes de la fecha de su vigencia; el enjuiciamiento para dichas ofensas se regirá por la ley anterior, la cual continuará en vigor para ese propósito como si este código no estuviere vigente. Para los efectos de esta sección, una ofensa se considera cometida antes de la vigencia de este código, si alguno de

* Los traductores agradecen al American Law Institute su autorización para vertir al español el C.P.M. De igual manera expresan su reconocimiento al Decano ANTONIO GARCÍA PADILLA de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico por la iniciativa de llevar a cabo esta traducción y sus valiosos comentarios. Finalmente deben testimoniar el apoyo prestado por sus ayudantes de investigación WILLIAM FELICIANO, MARÍA TERESA MACHADO, WENDY LIND, MIGUEL SARRIERA, IVONNE SANTIAGO, INA BERLINGERI y SOL CONCEPCIÓN BULERÍN.

** Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

*** Catedrático Auxiliar de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

sus elementos esenciales ocurrió previo a la fecha de vigencia de este Código.

3. En cualquier caso pendiente en o después de la fecha de vigencia de este Código que envuelva una ofensa cometida con anterioridad a dicha fecha:

a) las disposiciones procesales del Código regirán en la medida que sea justa su aplicación y ello no cause confusión o demora;

b) las disposiciones del Código referentes a defensas o atenuantes podrán aplicarse con el consentimiento del acusado;

c) El tribunal, con el consentimiento del acusado, puede imponer sentencia bajo las disposiciones del Código que sean aplicables.

4. Las disposiciones del Código que regulan el tratamiento y la libertad condicional o libertad bajo palabra serán aplicables a personas sentenciadas por ofensas cometidas con anterioridad a la fecha de vigencia de este Código, excepto que los períodos de mínima o máxima detención o el de supervisión, no sean aumentados bajo ninguna circunstancia o situación.

§ 1.02 *Propósito del Código*

1. Los propósitos generales de las disposiciones que rigen la definición de las ofensas son:

a) prohibir y prevenir conductas que injustificada e inexcusablemente inflijan o amenazen con dañar sustancialmente intereses individuales o públicos.

b) someter al control público a las personas cuya conducta indique que están predisuestas a cometer delitos

c) evitar que sin mediar falta pueda estarse expuesto a condena criminal.

d) dar claro aviso de la naturaleza de la conducta declarada como constitutiva de ofensa

e) diferenciar con fundamento razonable entre los elementos constitutivos de ofensas serias y menores

2. Los propósitos generales de las disposiciones que rigen las sentencias y el tratamiento de ofensores son:

a) prevenir la comisión de ofensas

b) promover la corrección y rehabilitación de los ofensores

c) proteger a los ofensores contra castigos excesivos, desproporcionados o arbitrarios.

d) dar claro aviso de la naturaleza de la sentencia que puede ser impuesta en casos de convicción por una ofensa

e) establecer diferencias entre los ofensores con el fin de brindarle individualización en su tratamiento.

f) definir, coordinar y armonizar los poderes, deberes y funciones de los tribunales y oficiales administrativos y las agencias responsables de tratar con los ofensores.

g) promover el uso de los métodos y los conocimientos científicos generalmente aceptados en la aplicación de la sentencia y el tratamiento del ofensor.

h) integrar la responsabilidad de la Administración del Sistema Correccional a un departamento u otras agencias o departamentos.

3. Las disposiciones de este Código deben ser interpretadas de acuerdo con el sentido razonable de sus términos, pero cuando el lenguaje sea susceptible de diferentes interpretaciones, debe entenderse siguiendo los principios generales establecidos en esta sección y los propósitos especiales que envuelve cada disposición en particular. Los poderes discrecionales conferidos por este Código deben ejercerse de acuerdo con los criterios establecidos en el Código y en la medida en que dichos criterios no sean decisivos serán ejercidos de modo que se cumplan los propósitos generales de esta sección.

§ 1.03 *Aplicabilidad Territorial*

1. Excepto por lo que de otra forma ha sido dispuesto en esta sección, una persona puede ser convicta de una ofensa bajo la ley de este estado, por una ofensa cometida por su propia conducta o por la conducta de otro por la cual él es legalmente responsable, sí:

a) la conducta que es un elemento de la ofensa o el resultado que es tal elemento, ocurre dentro de este estado; o,

b) la conducta que ocurre fuera del estado, es suficiente bajo las leyes de este estado, para constituir tentativa de cometer una ofensa dentro de aquél o,

c) la conducta que ocurre fuera del estado es suficiente bajo las leyes de este estado, para constituir una conspiración para cometer una ofensa dentro de aquel y si hay un acto ostensible para promover dicha conspiración ocurre dentro de este estado; o

d) la conducta tiene lugar dentro del Estado que establece complicidad en la comisión de tentativa, incitación o conspiración para cometer, una ofensa en otra jurisdicción, en donde también sea una ofensa bajo la ley de este estado, o,

e) la ofensa consiste en la omisión de cumplir una función legal impuesta por la ley del estado, con respecto al domicilio, residencia o las relaciones entre una persona, cosa, o transacción en el estado; o

f) la ofensa está basada en un estatuto de este estado que expresamente prohíbe conductas fuera del estado, cuando dicha conducta guarde una relación razonable con un interés legítimo de este estado y el

autor conocía o debía conocer que su conducta probablemente afectaría ese interés.

2. La Sub-sección (1) (a) no es aplicable cuando causa un resultado específico o el propósito o peligro de causarlo es un elemento de una ofensa y el resultado ocurre o se supone que ocurra solamente en otra jurisdicción donde la conducta imputada no constituye un delito, a menos que surja claramente una intención legislativa de declarar esa conducta como criminal independientemente del lugar del resultado.

3. La Sub-sección (1) (a) no es aplicable cuando al causar un resultado particular es un elemento de una ofensa, y el resultado es causado por conducta que ocurre fuera del estado y no constituiría una ofensa, si el resultado hubiera ocurrido en el mismo lugar, a menos, que el actor con a propósito o a sabiendas cause el resultado dentro del estado.

4. Cuando la ofensa es homicidio, ya sea la muerte de la víctima o el impacto corporal que la cause constituye un resultado, dentro del significado de la sub-sección (1) (a) y si el cuerpo de la víctima de homicidio es encontrado dentro del estado se presume que dicho resultado ocurrió dentro del estado.

5. Este estado incluye: la tierra, el agua y el espacio aéreo sobre éstas, con respecto al cual tiene jurisdicción legislativa.

§ 1.04 *Clases de delitos; contravenciones*

1. Una ofensa definida por este Código o por otro estatuto de este mismo estado, que autorice una sentencia /de muerte/ o de prisión constituye un delito. Los delitos son clasificados como graves, menos graves y leves.

2. Un delito es grave si así está designado en este Código o si las personas convictas por él pueden ser sentenciadas /a muerte/ o a prisión por un término mayor de un año, independientemente de que se extienda dicho término

3. Un delito es menos grave si así está designado en este Código o en otro estatuto que se promulgue posteriormente.

4. Un delito es leve si así está designado en este Código o por cualquier otro estatuto que se promulgue posteriormente. O si así está definido en otro estatuto, que ahora dispone que una persona convicta por él pueda ser sentenciada a prisión por un término que no exceda de un año.

5. Una ofensa definida por este Código o por cualquiera otro estatuto del estado constituye una violación si así está designado en este Código o en la ley que define la ofensa o si la única sentencia autorizada para la convicción es una multa, o multa y confiscación o cualquier otra penalidad civil; o si es definida por otro estatuto que no sea este Código que ahora establece que la ofensa no constituye un delito. Una contra-

vención no debe dar lugar a que surja alguna incapacidad o desventaja legal basada en la convicción de una ofensa criminal. Una contravención no constituye un delito y una convicción por una violación no dará lugar a incapacidad o desventaja legal alguna, basado en la convicción de una ofensa criminal.

6. Cualquier ofensa que sea declarada por ley como constitutiva de delito, sin especificar su grado o la sentencia que autoriza su convicción es delito menos grave.

7. Una ofensa definida por algún estatuto del estado, que no sea este Código será clasificada según lo dispuesto en esta sección; y, la sentencia que pueda ser impuesta por una convicción por ella, será en adelante regulada por este Código.

§ 1.05 *Todas las ofensas son definidas por estatuto, aplicación de las disposiciones generales del Código:*

1. Ninguna conducta constituye una ofensa a menos que sea un delito o contravención bajo este Código u otro estatuto de este estado.

2. Las disposiciones de la Parte I del Código son aplicables a las ofensas definidas por otros estatutos, a menos que el Código otra cosa disponga.

3. Esta sección no afectará el poder de un Tribunal para castigar por desacato o para emplear cualquier otra sanción autorizada por ley para hacer cumplir una orden o sentencia civil o decreto.

§ 1.06 *Prescripción*

1. Un enjuiciamiento por asesinato puede iniciarse en cualquier momento.

2. Excepto lo dispuesto en esta sección un enjuiciamiento por otras ofensas, está sujeto a los siguientes términos de prescripción:

a) un enjuiciamiento por un delito grave de primer grado deberá iniciarse dentro de los seis años siguientes a su comisión;

b) un enjuiciamiento por cualquier otro delito grave deberá iniciarse dentro de los tres años siguientes a su comisión;

c) un enjuiciamiento por delito menos grave deberá iniciarse dentro de los dos años siguientes a su comisión;

d) un enjuiciamiento por delito leve o una violación deberá iniciarse dentro de los seis meses siguientes a su comisión.

3. Aunque el período establecido en la sub-sección (2) haya expirado, puede iniciarse un enjuiciamiento por:

a) una ofensa, si alguno de sus elementos, materiales, conlleva fraude o incumplimiento de una obligación fiduciaria, dentro de un año

después de conocida la ofensa por la parte agraviada, o por quien tiene la capacidad legal para representarla y que no haya participado en la ofensa, pero en ningún caso podrá esta disposición extender el término de prescripción de otra manera aplicable, por más de tres años.

b) una ofensa basada en una conducta ilegal por un funcionario o empleado público en el desempeño de su cargo, se evaluará mientras el acusado permanezca en el cargo o empleo público o dentro de los dos años siguientes, pero en ningún caso podrá esta disposición extender el término de prescripción por más de tres años.

4. Una ofensa es cometida cuando se completan todos sus elementos o si surge claramente el propósito legislativo de prohibir un curso continuo de conducta, al tiempo que finaliza tal curso de conducta o la complicidad del acusado en éste. El término comienza a correr el día siguiente de la comisión de la ofensa.

5. Un enjuiciamiento se inicia cuando se presenta una acusación o /denuncia/ o cuando se expide una orden judicial de arresto o citación siempre que dicha orden o proceso sea diligenciada sin demora irrazonable.

6. El término de prescripción no transcurre:

a) durante el tiempo que el acusado se encuentre continuamente ausente del estado o no se tenga certeza razonable del lugar de domicilio o de trabajo dentro del estado; pero en ningún caso podrá esta disposición extender el término de prescripción a uno mayor de tres años; o

b) durante el tiempo que esté pendiente en este estado un enjuiciamiento contra el acusado por la misma conducta.

§ 1.07 *Método de Enjuiciamiento cuando una conducta constituye más de una ofensa*

1. Enjuiciamiento por ofensas múltiples; limitación en las condenas.

Cuando la misma conducta del imputado y puede establecer la comisión de más de una ofensa, el imputado puede ser procesado por cada una de las ofensas. El no podrá, empero, ser convicto por más de una ofensa si:

a) una ofensa está incluida en la otra según definido en la sub-sección (4) de esta sección; o,

b) una ofensa consiste solo de una conspiración u otra forma de preparación para cometer otra; o,

c) se requieren determinaciones de hecho incompatibles para establecer la comisión de la ofensa.

d) las ofensas difieren solamente en que una está definida para prohibir un tipo de conducta en general y la otra para prohibir una instancia específica de dicha conducta; o,

e) la ofensa es definida como un curso continuado de conducta; y el curso de conducta del imputado fue ininterrumpido; a menos que la ley establezca que períodos específicos de esa conducta, constituyen ofensas separadas

2. Limitaciones en cuanto a juicios separados por ofensas múltiples: Excepto lo dispuesto en la sub-sección (3) de esta sección un imputado no puede estar sujeto a juicios separados por ofensas múltiples basadas en la misma conducta o que surjan del mismo episodio criminal el correspondiente representante del ministerio público conocía de tales ofensas al momento de comenzar el primer juicio y estaban bajo la jurisdicción del mismo Tribunal.

3. Facultad del Tribunal para ordenar juicios separados. Cuando a un imputado se le somete cargos para dos o más ofensas basadas de la misma conducta o que surjan del mismo episodio criminal, el Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o del imputado puede ordenar que cualquiera de dichos cargos se ventilen en juicios separados, si estima que así lo requiere la justicia.

4. Convicción permitida por ofensa incluida.

Un imputado puede ser convicto por una ofensa incluida en ofensa imputada en la acusación o denuncia. Una ofensa se considera así incluida, cuando:

a) Es establecida por prueba de los mismos hechos de otros menores requeridos para establecer la causa de la ofensa imputada en la acusación o denuncia.

b) consiste en una tentativa o solicitud para cometer la ofensa imputada o para cometer una ofensa incluida en ésta; o,

c) difiere de la ofensa imputada solo respecto a una lesión menos grave o del riesgo de lesión a la misma persona, propiedad o interés público, o un grado de culpabilidad menor suficiente para probar su comisión.

5. Sumisión al jurado de la ofensa incluida

El Tribunal no está obligado a instruir al jurado con respecto a una ofensa incluida, a menos que exista una base racional para un veredicto absolutorio del acusado por la ofensa imputada, y condenando por la ofensa incluida.

§ 1.08 *Cuando el enjuiciamiento está impedido por uno anterior por la misma ofensa*

Cuando un enjuiciamiento es por una violación de la misma disposición estatutaria y está basado en los mismos hechos de un anterior enjuiciamiento; éste está impedido por el enjuiciamiento anterior bajo las siguientes circunstancias:

1. El enjuiciamiento anterior resultó en una absolución. Hay una absolución, si el enjuiciamiento resulta en determinación de no culpable

por el juzgador de los hechos, o en una determinación de insuficiencia de prueba para sostener una convicción. Una determinación de culpabilidad por ofensa incluida es una absolución por la ofensa mayor incluyente, aunque la convicción fuera dejada posteriormente sin efecto.

2. El enjuiciamiento anterior finalizó a favor del imputado, tras haberse presentado denuncia o acusación mediante orden final o sentencia que no haya sido revocada o declarada sin efecto y que necesariamente requiere una determinación incompatible con un hecho o proposición de derecho que debía ser establecida para la convicción de la ofensa.

3. El enjuiciamiento anterior resultó en una convicción. Hay una convicción si el enjuiciamiento resultó en una sentencia de convicción que no ha sido revocada o anulada o en veredicto de culpabilidad que no ha sido dejado sin efecto y es suficiente para sostener una sentencia o en una alegación de culpabilidad aceptada por el tribunal. En los últimos dos casos, el no haberse dictado sentencia no debe haber sido en virtud de moción del imputado.

4. El enjuiciamiento anterior finalizó impropia. Excepto lo dispuesto en esta sub-sección, hay una finalización impropia de un enjuiciamiento, si fue por razones no relevantes a una absolución, y que tiene lugar luego del juramento del primer testigo, pero antes del veredicto. La finalización no se considera impropia bajo cualquiera de las siguientes circunstancias.

a) El imputado consiente a ello o renuncia, mediante moción de desestimación o de otra manera análoga a su derecho de objetar la finalización.

- b) El Tribunal estima que la finalización es necesaria debido a que:
1. resulta físicamente imposible proseguir con el juicio de conformidad con la ley; o
 2. hay un defecto legal en los procedimientos que acarrearía como cuestión de derecho la revocación de la sentencia que se dictare tras el veredicto; o
 3. ha habido conducta perjudicial, dentro o fuera de la sala que hace imposible proseguir con el juicio sin que resulte injusto para el imputado o el estado; o
 4. el jurado no puede ponerse de acuerdo para un veredicto; o
 5. falsas declaraciones de un miembro del jurado en el proceso de desinsaculación impidan un juicio justo.

§ 1.09 *Cuando el enjuiciamiento está impedido por otro anterior pero por una ofensa diferente*

Aunque un enjuiciamiento sea, por una violación a una disposición de ley diferente de ley a la objeto de un enjuiciamiento anterior, o se ba-

se en diferentes hechos, está impedido por dicho enjuiciamiento anterior bajo las siguientes circunstancias:

1. El enjuiciamiento anterior resultó en una absolución o en una convicción, según se define en la sección 1.08 y el enjuiciamiento ulterior es por:

a) cualquier ofensa de la cual el imputado pudo haber sido convicto en el primer enjuiciamiento; o

b) cualquier ofensa por la cual el imputado debió haber sido juzgado en el primer enjuiciamiento bajo la sección 1.07, a menos que el Tribunal ordenara un juicio separado por el cargo por dicha ofensa;

c) la misma conducta, a menos que (i) la ofensa por la cual el imputado fue anteriormente convicto o absuelto y la ofensa por la cual es ulteriormente enjuiciado, requiera prueba cada una de un hecho no exigido por la otra y la ley que define cada una de dichas ofensas intenta prevenir un daño o mal substancialmente diferente; o (ii) que la segunda ofensa no haya sido aún consumada cuando comenzó el juicio anterior.

2. El enjuiciamiento anterior finalizó tras la denuncia o acusación; por una absolución u orden final o sentencia a favor del imputado, que no ha sido dejada sin efecto, revocada o anulada y, siempre que esa absolución, orden final o sentencia necesariamente requiere una determinación incompatible con un hecho que debe establecerse para una convicción por la segunda ofensa.

3. El enjuiciamiento anterior finalizó impropriamente, conforme se define en la sección 1.08, y el enjuiciamiento ulterior es por una ofensa por la cual pudo haber sido convicto, el imputado en el enjuiciamiento anterior si no hubiese finalizado impropriamente.

§ 1.10 *Enjuiciamiento anterior en otra jurisdicción*

Cuando la conducta constituye una ofensa dentro de la jurisdicción concurrente de este estado y la de los Estados Unidos o la de otro estado, un enjuiciamiento en cualquiera de esas otras jurisdicciones constituye un impedimento para un enjuiciamiento ulterior en este estado bajo las siguientes circunstancias:

1. El primer enjuiciamiento resultó en una absolución o en una convicción según lo define en la sección 1.08 y el enjuiciamiento ulterior se basa en la misma conducta, a menos que: (a) la ofensa por la cual el imputado ha sido anteriormente convicto o absuelto y la ofensa por la cual es ulteriormente enjuiciado, requiere prueba de un hecho no exigido por la otra y la ley que define cada una de dichas ofensas intenta prevenir un daño o mal substancialmente diferente, o, (b) la segunda ofensa no había sido aún consumada cuando comenzó el juicio anterior; o,

2. El enjuiciamiento anterior finalizó tras la denuncia de acusación, en una absolución u orden final o sentencia a favor del acusado, la

cual no ha sido dejada sin efecto, revocada o anulada, siempre que tal absolución, orden final o sentencia necesariamente requiera una determinación incompatible con un hecho que deba establecerse para la convicción de la ofensa, por la cual el acusado es ulteriormente enjuiciado.

§ 1.11 *Enjuiciamiento anterior ante un Tribunal sin jurisdicción o cuando es procurada fraudulentamente por el imputado*

Un enjuiciamiento no es un impedimento dentro del significado de las secciones 1.08, 1.09 y 1.10 bajo cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. El enjuiciamiento anterior fue ante un Tribunal sin jurisdicción sobre el imputado o sobre la ofensa; o,
2. El enjuiciamiento anterior fue procurado por el acusado sin el conocimiento del correspondiente representante del Ministerio Fiscal y con el propósito de evadir la sentencia que de otra manera pudiera ser impuesta; o,
3. El enjuiciamiento anterior resultó en una sentencia de convicción que luego fue invalidada en un procedimiento ulterior en virtud del recurso de Habeas Corpus, Coram Nobis u otro proceso similar.

§ 1.12 *Prueba más allá de duda razonable; defensas afirmativas, carga de la prueba de hechos cuando no son elementos de la ofensa; presunciones.*

1. Ninguna persona puede ser convicta de una ofensa a menos que cada elemento de dicha ofensa sea probado más allá de duda razonable. En la ausencia de tal prueba, se presume la inocencia del acusado.
2. La sub-sección (1) de esta sección:
 - a) no requiere refutación de una defensa afirmativa a menos y hasta que haya evidencia que sostenga dicha defensa; o
 - b) no aplica a defensa alguna que el Código u otro estatuto que claramente requiera que el imputado pruebe por preponderancia de la prueba.
3. Una defensa es afirmativa, según el significado de la sub-sección (2)(a) de esta sección, cuando:
 - a) surge de una sección del Código que así lo establece; o
 - b) se relaciona con una ofensa definida por otro estatuto diferente al Código y dicho estatuto así lo establece; o
 - c) comprende una causa de excusa o justificación particularmente según el conocimiento del acusado de forma que puede en justicia exigirse que aduzca evidencia en su apoyo

4. Cuando la aplicación del Código dependa de la anterioridad de un hecho, que no sea elemento de la ofensa, a menos que, de otra manera lo disponga el Código:

a) la carga de probar el hecho comprende del fiscal o del acusado, dependiendo de cual interés o contenido se promueva con la comprobación de ese hecho; y

b) el hecho debe ser probado a satisfacción del Tribunal o el jurado, según sea el caso.

5. Cuando el Código establece una presunción con respecto a cualquier hecho que sea elemento de una ofensa, la misma tiene las siguientes consecuencias:

a) cuando hay evidencia de los hechos que dan lugar a la presunción, la cuestión de la existencia del hecho presumido debe ser sometido al jurado, a menos que, el Tribunal se convenza de que la evidencia considerada en su totalidad niega el hecho presumido; y

b) cuando la cuestión de la existencia del hecho presumido, se somete al jurado, el Tribunal deberá instruirlo de que si bien es cierto que el hecho presumido considerado en la totalidad de la prueba, tiene que probarse más allá de duda razonable, la ley dispone que el jurado puede tener en cuenta los hechos de que den lugar a la presunción como prueba suficiente del hecho presumido.

6. Una presunción no establecida por el Código o incompatible con él, tiene las consecuencias que de otra manera acordó la ley.

§ 1.13 *Definiciones Generales*

En este Código, a menos que claramente se requiera un significado diferente:

1. «estatuto»— incluye la constitución y las leyes u ordenanzas locales de una sub-división política del estado;

2. «acto» o «acción»— significa movimiento corporal sea voluntario o involuntario;

3. «voluntario»— tiene el significado específico dado en la sección 2.01;

4. «omisión»— significa dejar de actuar;

5. «conducta»— significa una acción u omisión y sus correspondientes estados mentales o cuando sea relevante una serie de actos u omisiones;

6. «autor»— incluye cuando es relevante, una persona culpable de una omisión;

7. «actuó»— incluye cuando es relevante, la omisión de actuar;

8. «persona» «él» y «autor» incluye a cualquier persona natural, y donde sea relevante una corporación o una asociación no incorporada;

9. «Elemento de una ofensa»— significa: (i) tal conducta, o (ii) tales circunstancias concurrentes; (iii) tal resultado de ciertas conducta; que:

a) está incluida en la descripción de la conducta prohibida en la definición del delito;

b) establece la forma requerida de culpabilidad;

c) niega una excusa o justificación para dicha conducta;

d) niega una defensa bajo las disposiciones de prescripción;

e) establece jurisdicción o competencia;

10. «elemento constitutivo de una ofensa»— significa un elemento que no se relaciona exclusivamente con la prescripción, jurisdicción, competencia u otra materia similar inconexa con: (i) el daño o mal concomitante con la conducta, que la ley que define la conducta intenta prevenir, o, (ii) la existencia de una justificación o excusa para dicha conducta;

11. «a propósito» tiene el significado dado en la sección 2.02 y términos equivalentes como: «con el propósito» «concebido» y «preconcebido» tienen el mismo significado;

12. «intencionalmente» o «con intención» significa a propósito;

13. «a sabiendas»— tiene el significado específico dado en la sección 2.02 y términos equivalentes como: «conociendo» o «con conocimiento» tienen el mismo significado;

14. «temerariamente»— tiene el significado específico dado en la sección 2.02 y términos equivalentes como: «temeridad» o «con temeridad» tienen el mismo significado;

15. «negligentemente»— tiene el significado específico dado en la sección 2.02, y términos equivalentes como: «negligencia» o «con negligencia» tienen el mismo significado;

16. «razonablemente cree» o «creencia razonable» denota una creencia del autor que no sea producto de temeridad o negligencia.

Artículo 2.º

PRINCIPIOS GENERALES CULPABILIDAD

§ 2.01 *Acto voluntario como requisito; omisión como forma de responsabilidad; posesión como acto*

1. Ninguna persona podrá ser culpable de una ofensa a no ser que su responsabilidad se base en conducta producto de un acto voluntario o la omisión de realizar un acto para el cual estaba físicamente capacitado.

2. Los siguientes son actos no voluntarios dentro del significado de esta sección:

- a) reflejo o convulsión;
- b) movimiento corporal durante período de inconsciencia o sueño;
- c) conducta durante hipnosis o como resultado de una sugestión hipnótica;
- d) movimiento corporal que no sea producto del esfuerzo o determinación del autor, ya sea consciente o habitual.

3. La responsabilidad por la comisión de una ofensa no se podrá basar en un acto de omisión sin movimiento corporal a no ser que:

- a) el artículo que define la ofensa establezca expresamente la omisión como suficiente; o
- b) la ley establezca el deber específico de realizar el acto omitido.

4. Dentro del significado de esta sección, la posesión será un acto si el poseedor procuró o recibió conscientemente los bienes o tuvo su control durante un período de tiempo suficiente como para haber concluido su posesión.

§ 2.02 *Requisitos generales de culpabilidad*

1. Requisitos mínimos de culpabilidad.

Excepto por lo previsto en la sección 2.05, ninguna persona será culpable de una ofensa a no ser que haya actuado a propósito, con conocimiento, temeraria o negligentemente, según la ley requiera, respecto a cada uno de los elementos constitutivos una ofensa.

2. Formas de culpabilidad

- a) A Propósito

Una persona actúa a propósito con respecto a los elementos constitutivos una ofensa cuando:

- (i) el elemento corresponda a la naturaleza de la conducta o al resultado de ésta, y sea su objetivo consciente incurrir en conducta de esa naturaleza o causar tal resultado
- (ii) si el elemento comprende las circunstancias que le acompañen, y la persona está percatada de la existencia de tales circunstancias o sabe o espera que existan.

b) Con conocimiento

Una persona actúa con conocimiento con respecto a los elementos constitutivos una ofensa cuando:

- (i) el elemento corresponde a la naturaleza de la conducta o a las circunstancias comprendidas y la persona sabe de que su conducta es de esa naturaleza o de que tales circunstancias existen; y
- (ii) el elemento correspondería al resultado de su conducta y la persona sabe que es prácticamente seguro que su conducta cause tal resultado.

c) Temeridad

Una persona actúa temerariamente con respecto a los elementos constitutivos del delito cuando pudiera prever que su comportamiento producirá un injustificable riesgo *substancial* de que los elementos existan o puedan resultar de su conducta. El riesgo creado debe ser de tal naturaleza y grado que, considerando la naturaleza y propósito de la conducta del autor y las circunstancias por él conocidas, el no percibir las o ignorarlas envuelve una grave desviación del patrón de conducta de una persona respetuosa de la ley en tales circunstancias.

d) Negligencia

Una persona actúa negligentemente con respecto a los elementos constitutivos del delito cuando debiese prever que su comportamiento producirá un injustificable y *substancial* riesgo de que los elementos existan o puedan resultar de su conducta. El riesgo deberá ser de tal naturaleza y grado que de no ser percibido por el autor, considerando la naturaleza y propósito de su conducta junto a las circunstancias por él conocidas, envolvería una grave desviación de los criterios de debido cuidado propios de una persona prudente y razonable en tales circunstancias.

3. Culpabilidad requerida en ausencia de requerimiento específico.

Cuando el grado de culpabilidad suficiente para establecer la comisión de alguno de los elementos constitutivos de una ofensa no sea estipulada por ley, dicho elemento se establecerá si se produjo a propósito, con conocimiento o temerariamente.

4. Elementos del delito, extensión de los requisitos de prescripción

Cuando el estatuto que tipifique el delito establezca la prescripción de éste, dicha prescripción se entenderá extendida a todos y cada uno de

los elementos del delito a no ser que expresamente se establezca lo contrario.

5. Substitutos para negligencia, temeridad y a sabiendas

Cuando el artículo disponga que la negligencia será suficiente para establecer un elemento del delito, dicho elemento quedará establecido también si la persona actúa con conocimiento, a propósito o temerariamente. Cuando la negligencia sea suficiente para establecer dicho elemento también lo será el con conocimiento o a propósito. Cuando la actuación a propósito sea suficiente para establecer el elemento del delito también lo será la actuación con conocimiento.

6. Propósito condicional, requisito de intención

Cuando un propósito particular sea elemento de un delito, dicho propósito quedará establecido a pesar de que sea resultado de una condición, a no ser que éste contrarreste la pérdida o el mal que busca prevenir el artículo.

7. Requisito de conocimiento; suficiencia del conocimiento de alta probabilidad

Cuando el conocimiento de la existencia de un hecho particular sea uno de los elementos del delito, tal conocimiento quedará establecido si la persona sabía que era altamente probable su existencia a no ser que en ese momento creyera que no existía.

8. Requisito de voluntariedad, suficiencia de actuar a propósito

La voluntariedad como elemento del delito quedará establecida si la persona actuó intencionalmente con respecto a los elementos del delito, a no ser que el requisito de imponer posteriores requisitos se desprenda del estatuto.

9. Culpabilidad e ilegalidad de conducta

Ni la intención, ni la imprudencia o la negligencia en cuanto a conducta que constituya ofensa o la existencia, significado o aplicación del artículo que establezca los elementos del delito serán elementos de tal ofensa, a no ser que la definición de ofensa o el Código así lo establezca claramente.

10. Culpabilidad como determinante del grado del delito

Cuando la gravedad o el grado del delito dependa de si se actuó a propósito con conocimiento, temeraria o negligentemente la gravedad o el grado corresponderá a la forma de culpabilidad que apareje una pena menor con respecto a cualquier elemento constitutivo del delito.

§ 2.03 *Relación causal entre conducta y resultado; diferencia entre resultado intentado o esperado y el resultado final o entre el resultado probable y el resultado final*

1. La causalidad existirá cuando:

a) La conducta sea un antecedente sin el cual el resultado obtenido no se hubiese logrado.

b) La relación entre la conducta y el resultado cumpla cualquier otro requisito establecido en este Código o el estatuto que defina la ofensa.

2. Cuando el causar algún resultado particular a propósito o con conocimiento sea un elemento del delito, el elemento no quedará establecido si el resultado obtenido no está dentro de las expectativas o la intención del autor a no ser que:

a) el resultado obtenido difiera del planeado o intentado, según el caso, solo con respecto a que persona u objeto diferente sea lesionado o afectado o que la lesión o pérdida planeada o intentada hubiese sido más seria o extensa que la realmente causada, o que

b) el resultado obtenido envuelva el mismo tipo de lesión o pérdida que el intentado o planeado y no resulte demasiado remoto o accidental como para que no exista una razonable conexión con la responsabilidad del autor o la gravedad de su ofensa.

3. Cuando algún elemento del delito requiera temeridad o negligencia, dicho elemento no quedará establecido si el resultado obtenido no está dentro del riesgo del cual el actor estaba a la expectativa o, en el caso de imprudencia, el cual debió de haber esperado a no ser que:

a) el resultado obtenido difiera del resultado probable solo con respecto a que persona u objeto diferente sea dañado o afectado o la probable lesión o pérdida hubiese sido más seria o extensa que la causada (o) que

b) el resultado obtenido envuelva el mismo tipo de lesión o pérdida que el resultado probable y no sea lo suficientemente remoto o accidental como para que no exista una conexión razonable con la responsabilidad del autor o la gravedad de su ofensa.

4. Cuando el causar un resultado particular sea uno de los elementos del delito por el cual la ley va a imponer responsabilidad absoluta, el elemento no quedará establecido a no ser que el resultado obtenido sea una consecuencia probable de la conducta del autor.

§ 2.04 *Ignorancia o error*

1. Ignorancia o error como cuestión de hecho o derecho será defensa si:

a) la ignorancia o el error contrarrestan propósito, conocimiento, creencia, temeridad o negligencia necesaria para establecer uno de los elementos del delito; o

b) la ley establezca que la percepción cognoscitiva creada por tal ignorancia o error constituya una defensa.

2. Aunque la ignorancia o error pudieran de otra manera constituir una defensa ante la ofensa imputada, esta defensa no estará disponible si el acusado pudiera ser culpable de otra ofensa si los hechos hubiesen

acaecido como él los hubiese supuesto. En tal caso, de cualquier forma, la ignorancia o el error del acusado podrá reducir el grado o gravedad del delito del que hubiese sido convicto a aquella la ofensa de que podría ser culpable si la situación se hubiese dado como él la hubiese supuesto.

3. La creencia de que una conducta no constituye ofensa será una defensa en juicio por tales actos cuando:

a) el estatuto u otra disposición que defina la ofensa sea desconocida por el autor y no había sido publicada o razonablemente dada a conocer antes de la conducta alegada.

b) la persona actúe confiando razonablemente en un estatuto que posteriormente se determinó nulo o erróneo y que aparecía en (i) un estatuto u otro decreto; (ii) decisión, opinión o juicio judiciales; (iii) orden administrativa o permiso otorgado; o (iv) una interpretación oficial del oficial u organismo encargado por ley y con autoridad para administrar o implementar el estatuto que defina la ofensa.

4. El acusado deberá probar la defensa que surge bajo la subsección (3) de esta sección por preponderancia de prueba.

§ 2.05 *Requisitos de culpabilidad, cuándo no aplicarán; responsabilidad absoluta, cómo afectará el grado del delito*

1. Los requisitos de culpabilidad establecidos en las secciones 2.01 y 2.02 no aplicarán a:

a) faltas que constituyan contravenciones, a no ser que el requerimiento envuelto sea incluido en la definición del delito o el tribunal determine que su aplicación será consistente con un efectivo cumplimiento del estatuto que defina el delito.

b) delitos definidos en estatutos diferentes al Código en la medida en que la intención legislativa de imponer responsabilidad absoluta por tales delitos o con respecto a cualquiera de los elementos quede expresamente expuesta.

2. No obstante cualquier otra disposición del Derecho vigente y a no ser que posteriores estatutos expresen lo contrario:

a) cuando se imponga responsabilidad absoluta con respecto a cualquier elemento de un delito que esté definido por algún otro estatuto que no sea este Código y la convicción se base en tal responsabilidad, el acto constituirá una contravención; y

b) a pesar de que por ley se imponga responsabilidad absoluta con respecto a uno o más de los elementos del delito definido en otro estatuto que no sea este Código, la comisión deberá ser imputada y probada, en cuyo caso la negligencia con respecto a tales elementos constituye suficiente culpa y la clasificación del acto y la sentencia que por lo tanto le pudiera ser impuesta de ser convicto estarán determinadas por la sección 1.04 y el artículo 6 de este Código.

§ 2.06 *Responsabilidad por conducta ajena, complicidad*

1. Una persona es culpable de una ofensa si éste ha sido cometido por su propia conducta o por la conducta de otra persona de la cual él es legalmente responsable, o ambas.

2. Una persona será legalmente responsable de la conducta de otra cuando:

a) actuando con la forma de culpabilidad que sería suficiente para la comisión la ofensa, incita a otra persona inocente o irresponsable a incurrir en tal conducta; o

b) es legalmente responsable por la conducta de otra persona por disposición de este Código u otro estatuto que defina la ofensa; o

c) es cómplice de alguna otra persona en la comisión una ofensa.

3. Una persona será cómplice de otra en la comisión de un delito si:

a) con el propósito de incitar o facilitar la comisión del delito, él

(i) incita a otra persona que lo cometa; o

(ii) ayuda o está de acuerdo o intenta ayudar a la otra persona que está planeándolo o cometiéndolo; o

(iii) teniendo el deber legal de prevenir la comisión del delito, falla en hacer un esfuerzo adecuado para evitarlo; o

b) su conducta esté expresamente estatuida en la ley como constitutiva de complicidad.

4. Cuando el causar un resultado particular sea un elemento la ofensa, el cómplice en el acto que causó tal resultado será un cómplice en la comisión la ofensa, si éste actuó con la forma de culpabilidad, si alguna, que sería suficiente con respecto a ese resultado para la comisión del delito.

5. Una persona legalmente incapacitada para cometer un delito particular por sí mismo podrá ser culpable de éste si es cometido a través de otra persona de la cual es legalmente responsable, a no ser que tal responsabilidad sea inconsistente con la disposición que establezca su incapacidad.

6. A no ser que de otra manera se establezca en este Código o en la ley que defina el delito, la ofensa una persona no será cómplice del delito cometido por otra si:

a) ella es la víctima esta ofensa; o

b) la ofensa está definido de tal manera que su conducta es inevitablemente incidental a la comisión; o

c) su complicidad terminó antes de la comisión de la ofensa y

(i) no representa elemento de responsabilidad en la comisión de la ofensa: o

- (ii) dio aviso a tiempo a las autoridades del orden público o de otro modo realizó un esfuerzo bona fide para evitar la comisión de la ofensa.

7. Un cómplice podrá ser convicto a base de prueba sobre la comisión de una ofensa delito y su complicidad en él, no obstante, la persona que alegadamente haya cometido la ofensa no hubiese sido enjuiciado o convicta o haya resultado convicta de delito o grado de delito distinto, o tenga inmunidad procesal, o haya sido absuelta.

§ 2.07 Responsabilidad de corporaciones, asociaciones no incorporadas y personas actuando o bajo el deber de actuar a su nombre

1. Una corporación podrá resultar convicta por la comisión de un delito si:

a) el acto es una contravención o el delito está definido en otro artículo diferente a este Código en el cual la intención legislativa de imponer responsabilidad a la corporación aparece expresamente y el acto fue realizado por un agente de la corporación actuando a nombre de ésta y dentro del ámbito de sus responsabilidades o empleo a no ser que el estatuto que defina el delito establezca los agentes por cuya conducta va a responder la corporación o las circunstancias bajo las cuales va a ser responsable, en cuyo caso tal disposición deberá aplicar; o

b) el delito consiste en no realizar una acción afirmativa sobre un deber específico que la ley le ha impuesto a la corporación; o

c) la comisión del delito fue autorizada, solicitada, ordenada, realizada o temerariamente tolerada por la junta de directores o por algún oficial de alto rango, que actuó a beneficio de la corporación y dentro del ámbito de su responsabilidad o empleo.

2. Cuando algún delito apareje responsabilidad absoluta, se asumirá la intención legislativa de imponerle tal pena a las corporaciones a no ser que expresamente se disponga lo contrario.

3. Una asociación no incorporada podrá ser culpable por la comisión de un delito si:

a) el delito está definido en algún otro estatuto distinto a este Código que expresamente establezca la responsabilidad del tal asociación y el acto es realizado por agente de la asociación actuando a beneficio de ésta y dentro de los poderes de su posición o empleo, excepto si el estatuto que defina el delito señala el agente por cuya conducta la asociación será responsable o las circunstancias en las que lo será, tal disposición deberá prevalecer; o

b) el delito consiste en la omisión de realizar un deber específico o acción afirmativa impuesta a la asociación por decreto de ley.

4. Según usadas en esta sección:

a) «corporación» no incluye un ente organizado como o por una agencia del gobierno para la ejecución de algún programa de gobierno;

b) «agente» significa cualquier director, ejecutivo, empleado, persona que actúe por orden o cualquier otra persona autorizada a actuar a beneficio de la corporación o asociación y, en el caso de asociaciones no incorporadas, un miembro de dicha asociación;

c) «agente de la alta gerencia» algún ejecutivo de la corporación o de asociación no incorporada, o, en el caso de una sociedad, uno de los socios, o cualquier otro agente de la corporación o asociación que tenga deberes o responsabilidades de las cuales se pueda razonablemente asumir que representa la verdadera imagen de la corporación u asociación.

5. En todo proceso en el cual una de las partes sea una corporación o una asociación no incorporada y se les impute la comisión de un delito incluido en lo establecido en la subsección (1)(a) o la subsección (3)(a) de esta sección, y que no sea delito para el cual se imponga responsabilidad absoluta, se podrá levantar como defensa, sujeta al requisito de preponderancia de prueba, que el agente de la alta gerencia que tuvo la responsabilidad de supervisar el asunto del delito procedió con el debido cuidado para prevenir la comisión. Este párrafo no aplicará si es irreconciliable con la intención legislativa que define el delito en particular.

6. a) Toda persona será legalmente responsable de cualquier acto que realice o incite a realizar a nombre de la corporación o asociación no incorporada o a su beneficio, con las mismas consecuencias que si fuera realizado a su propio nombre o beneficio.

b) Siempre que un deber de actuar le sea impuesto por ley a la corporación o asociación no incorporada, cualquier agente de la corporación o asociación con responsabilidad primaria en cuanto al desempeño de ese deber será legalmente responsable por la omisión temeraria de realizar el acto requerido de igual manera que si el deber le hubiese sido impuesto a él por disposición de ley.

c) Cuando una persona sea convicta de un delito a causa de su obligación legal por los actos de la corporación o una asociación no incorporada, estará sujeta a la pena que autorice la ley para una persona natural convicta del delito en el grado o gravedad envuelta.

§ 2.08 *Intoxicación*

1. Excepto por lo establecido en la subsección (4) de esta sección, la intoxicación del autor no será defensa a no ser que contrarreste alguno de los elementos del delito.

2. Cuando la temeridad establezca algún elemento del delito, si el autor, debido a intoxicación voluntaria, no está consciente del riesgo del cual hubiese estado consciente de encontrarse sobrio, tal falta de conciencia será inmaterial.

3. La intoxicación, por sí sola, no constituirá una enfermedad mental dentro del significado de la sección 4.01.

4. La intoxicación que (1) no sea voluntaria o (2) sea patológica será una defensa afirmativa si a causa de tal intoxicación al momento de los actos el autor carecía de capacidad suficiente ya sea para determinar su criminalidad o para ceñir su conducta al mandato de ley.

5. **Definiciones.** En esta sección, a no ser que un significado diferente sea obviamente necesario:

a) «intoxicación» significará un desorden de las capacidades mentales o físicas como resultado de la introducción de sustancias en el cuerpo.

b) «intoxicación voluntaria» significa intoxicación causada por sustancias que el autor conscientemente introduce en su cuerpo y cuya tendencia a crear un efecto intoxicante él conoce o debería conocer, a no ser que dicho acto hubiese ocurrido por prescripción médica o bajo tales circunstancias que pueda considerársele suficiente para plantear una defensa a las imputaciones del crimen.

c) «intoxicación patológica» significa intoxicación que resulta excesiva en grado, dada la cantidad del intoxicante, por la ignorancia que el autor tiene con respecto a su susceptibilidad.

§ 2.09 *Coacción*

1. Será defensa afirmativa para el autor que haya incurrido en la conducta imputada constitutiva de delito, el que haya sido forzada a tal por el uso o la amenaza de fuerza ilegal contra su persona o la de otro, tal que una persona de razonable firmeza en su situación hubiese sido incapaz de resistir.

2. La defensa provista en esta sección no estará disponible si el autor temerariamente estuviera en una situación tal que era probable que hubiese sido sujeto a coacción. La defensa tampoco estará disponible si fue negligente al colocarse en tal posición, siempre que la negligencia fuera suficiente para establecer culpabilidad en cuanto al delito imputado.

3. No será defensa el alegar que una mujer actuó por orden de su marido, a no ser que lo haya hecho bajo tal grado de coacción que se pudiera levantar la defensa bajo esta sección. /La presunción de que una mujer, actuando en presencia de su marido, está coaccionada queda abolida/.

4) Cuando la conducta del autor pueda de otra manera ser justificada bajo la sección 3.02, esta sección no impedirá dicha defensa.

§ 2.10 *Ordenes militares*

Será una defensa afirmativa que el autor, que haya incurrido en la conducta imputada y constitutiva de delito, no hace más que ejecutar una orden de su superior en las fuerzas armadas la cual desconoce que sea ilegal.

§ 2.11 *Consentimiento*

1. En general. El consentimiento de la víctima a conducta que constituya delito o al resultado de ella será una defensa si tal consentimiento contrarresta algún elemento del delito o impide infligir el daño o mal que el estatuto busca prevenir.

2. Consentimiento al daño corporal. Cuando la conducta constituya delito ya sea porque cause o amenace con causar daño corporal, el consentimiento a tal conducta o el infligir tal daño será defensa si:

a) el daño corporal consentido o que amenace con causar la conducta consentida no es serio; o

b) la conducta y el daño son peligros razonablemente previsibles que acompañan la participación en alguna competencia atlética legal o deporte competitivo; o

c) el consentimiento establece una justificación a la conducta bajo el Artículo 3 de este Código.

3. Consentimiento nulo. A no ser que de otra forma lo establezca este código o el artículo que define el delito, la aprobación no constituirá consentimiento si:

a) es dado por una persona que está legalmente incapacitada para autorizar una conducta gravada con el hecho de constituir un delito; o

b) es dado por una persona que a causa de su edad, enfermedad mental o defecto o intoxicación está evidentemente imposibilitada o el autor sabe que está imposibilitada para hacer un juicio razonable en cuanto a la naturaleza o maldad de la conducta gravada con el hecho de constituir delito; o

c) es dado por una persona cuyo desapercibido consentimiento se espera prevenir por el estatuto que define el delito; o

d) es inducido por fuerza, coacción o engaño del tipo que se espera prevenir por el estatuto que define el delito.

§ 2.12 *Infracciones de minimis*

El tribunal podrá desestimar una acusación si, teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta gravada con el hecho de ser un delito y la naturaleza de las circunstancias presentes, encuentra que la conducta del acusado:

1. Estaba dentro de lo usualmente autorizado o tolerado, a no ser que sea expresamente contradicho por la persona cuyo interés haya sido infringido y no sea inconsistente con el propósito del estatuto que define el delito.

2. Realmente no causa o amenaza con causar el daño o mal que busca prevenir el estatuto que define el delito o lo hace solo en una medida demasiado trivial para justificar la condena de convicción; o

3. Presenta tales otras atenuantes que no se puede razonablemente pensar que fue considerado por la legislatura al momento de tipificarla como delito.

El tribunal no podrá desestimar ninguna acusación bajo la subsección (3) de esta sección sin archivar un informe escrito donde exponga sus razones.

§ 2.13 *Entrampamiento*

1. Un oficial del orden público o persona que actúe en cooperación con tal oficial comete un entrampamiento si con el propósito de obtener evidencia de la comisión de un delito, induce o ayuda a otra persona a incurrir en conducta constitutiva de tal delito ya sea por:

a) haber realizado conscientemente actos o afirmaciones con la intención de inducir la creencia de que tal conducta no está prohibida; o

b) emplear métodos de persuasión o inducción que creen un substancial riesgo de que tal delito será cometido por persona diferente a la que se encuentra lista para cometerlo.

2. Excepto por lo estipulado en la subsección (3) de esta sección, una persona enjuiciada por delito deberá ser absuelta si establece por preponderancia de prueba que su conducta ocurrió como resultado de un entrampamiento. La controversia sobre entrampamiento deberá ser vista por el tribunal en ausencia del jurado.

3. La defensa reconocida por esta sección no estará disponible cuando la amenaza de causar o el causar daño corporal sea un elemento del delito imputado y el enjuiciamiento se haya basado en conducta que causó o haya amenazado con causar tal daño a persona diferente a la que perpetró el entrampamiento.

Artículo 3.º

PRINCIPIOS GENERALES DE JUSTIFICACION

§ 3.01 *Justificación, una defensa afirmativa; no afectación de la acción civil*

1. En cualquier enjuiciamiento basado en una conducta que es justificable bajo este artículo, la justificación es una defensa afirmativa.

2. El hecho de que una conducta sea justificable bajo este artículo no eliminará o impedirá cualquier remedio para dicha conducta que este disponible en cualquier acción civil.

§ 3.02 *La Justificación en general: elección de males*

1. La conducta que el autor crea que es necesaria para evitar un daño o mal a sí mismo, o a otro es justificable, siempre que:

a) el daño o mal que se quiere evitar con tal conducta sea mayor que el que quiere evitarse con el artículo que define la ofensa imputada; y

b) ni el Código ni otro artículo que defina la ofensa disponga excepciones o defensas relacionadas con la situación específica envuelta; y

c) la intención legislativa de excluir la justificación invocada no surja claramente de otra manera.

2. Cuando el autor haya obrado con temeridad o negligencia en la creación de la situación que requiera la elección de daños o males o en valorar la necesidad de su conducta, la justificación concedida por esta sección no está disponible en el enjuiciamiento por ninguna ofensa para la cual la temeridad o negligencia, según sea el caso, sea suficiente para establecer la culpabilidad.

§ 3.03 *Ejecución de deber público*

1. Excepto por lo provisto en la subsección (2) de esta sección, la conducta es justificable cuando es requerida o autorizada por:

a) la ley que defina los deberes o las funciones de un funcionario público o la ayuda que se le deba prestar a tal funcionario en el desempeño de sus deberes; o

b) la ley que regula la ejecución de un proceso legal; o

c) la sentencia u orden de una corte o tribunal competente; o

d) la ley que regula las fuerzas armadas o las actuaciones legales de guerra; o

e) cualquier otra disposición de ley que imponga un deber público.

2. Las otras secciones de este artículo se aplican a:

a) el uso de fuerza hacia o sobre otra persona para cualquiera de los propósitos señalados en tales secciones; y

b) el uso de fuerza mortal con cualquier propósito, a menos que el uso de dicha fuerza sea de otra manera expresamente autorizado por ley u ocurra en las actuaciones legales de guerra.

3. La justificación concedida por la subsección (1) de esta sección aplica cuando:

a) el autor cree que su conducta es requerida o autorizada por sentencia o decreto de corte o tribunal competente o en la legítima ejecución de un proceso legal, a pesar de que se diera falta de jurisdicción de la corte o defecto en el proceso legal; y

b) el autor cree que su conducta es requerida o autorizada para asistir a un funcionario público en el desempeño de sus deberes, a pesar de que el funcionario se exceda en su autoridad legal.

§ 3.04 *Uso de fuerza en defensa propia*

1. Uso de fuerza justificable para la protección de la persona.

Sujeto a lo dispuesto en esta sección y en la 3.09, el uso de fuerza sobre o hacia otra persona es justificable cuando el autor cree que dicha fuerza es inmediatamente necesaria para el propósito de protegerse a sí mismo contra el uso de fuerza ilegal por esa otra persona en dicha ocasión.

2. Limitaciones a la justificación de la necesidad del uso de fuerza

a) El uso de fuerza no es justificable bajo esta sección:

(i) para resistir un arresto que el autor sabe que está siendo realizado por un funcionario del orden público, a pesar de que el arresto sea ilegal; o

(ii) para resistir fuerza usada por el ocupante o poseedor de propiedad o por otra persona en su nombre, cuando el autor sabe que la persona que usa la fuerza lo está haciendo so color del derecho de protección de la propiedad; esta limitación no será aplicable si:

1) el autor es un funcionario público que obra en el desempeño de sus deberes o una persona que lo ayuda legítimamente para ello o una persona que realiza o asiste en un arresto legal; o

2) el autor ha sido ilegalmente privado de su propiedad y está realizando una reentrada o recuperación justificada por la sección 3.06; o

3) el autor cree que tal fuerza es necesaria para protegerse contra muerte o serio daño corporal.

b) El uso de fuerza mortal no es justificable bajo esta sección a menos que el autor crea que dicha fuerza es necesaria para protegerse de peligro de muerte, serio daño corporal, secuestro, relación sexual compulsa por fuerza o intimidación; tampoco es justificable si:

- (i) el autor, con el propósito de causar muerte o serio daño corporal, provoca el uso de fuerza en su contra en el mismo encuentro; o
- (ii) el autor sabe que puede evitar la necesidad de usar dicha fuerza con completa seguridad ya sea retirándose o entregando la posesión de una cosa a la persona que reclama un derecho sobre ella, o acudiendo a una demanda de abstenerse de cualquier acción, que no tenga el deber de realizar, excepto que:

1) el autor no esté obligado a retirarse de su domicilio o lugar de trabajo, a menos que él fuera el agresor inicial o fuese atacado en su lugar de trabajo por otra cuyo lugar de trabajo es conocido por el autor; y

2) un funcionario público que esté justificado en el uso de la fuerza en el desempeño de sus deberes, o una persona justificada para usar la fuerza en su ayuda, o una persona justificada para usar la fuerza al realizar un arresto o evitar una fuga no está obligada a desistir del esfuerzo para realizar ese deber, efectuar dicho arresto o evitar tal fuga, a causa de la resistencia o amenaza de resistencia por o a nombre de la persona contra la cual tal acción está dirigida.

c) Excepto lo requerido por los párrafos (a) o (b) de esta subsección, una persona que emplee fuerza para su protección puede estimar la necesidad de ésta bajo las circunstancias como él las cree que son cuando se utilizó la fuerza, sin retirarse, entregar posesión, realizar cualquier otro acto que no tenía la obligación legal de hacer ni abstenerse de cualquier acción legal.

3. Uso del confinamiento como fuerza defensiva

La justificación concedida por esta sección se extiende al uso del confinamiento como fuerza protectora sólo si el autor toma todas las medidas razonables para terminar el confinamiento tan pronto como conozca que puede hacerlo con seguridad, a menos que la persona confinada haya sido arrestada por imputación de delito.

§ 3.05 *Uso de fuerza para la protección de otras personas*

1. Sujeto a lo dispuesto en esta sección y en la sección 3.09, el uso de fuerza hacia o sobre otra persona para la protección de un tercero es justificable cuando:

a) el autor estuviese justificado bajo la sección 3.04 a usar dicha fuerza para protegerse del daño que él cree amenazaba a la persona que intenta proteger; y

b) bajo circunstancias como el autor las percibe que son la persona a la cual intenta proteger estaría justificada en usar dicha fuerza defensiva y

c) el autor cree que su intervención es necesaria para la protección de esa otra persona.

2. No obstante lo señalado en la subsección (1) de esta sección:

a) cuando el autor estuviese obligado bajo la sección 3.04 a retirarse, entregar la posesión de la cosa o acatar lo demandado antes de usar la fuerza para su defensa, no está obligado a hacerlo antes de usar la fuerza para la protección de otra persona, a menos que sepa que con esa acción él pueda garantizar completamente la seguridad de esa otra persona; y

b) cuando la persona a la cual intenta proteger el autor estuviera obligada bajo la sección 3.04 a retirarse, entregar la posesión de la cosa o cumplir con lo demandado si sabe que puede obtener completa seguridad al hacerlo, el autor está obligado a intentar que ella actúe así antes de usar la fuerza para su protección si el autor sabe que puede obtener completa seguridad al actuar de esta manera; y

c) ni el autor ni la persona a la cual él intenta proteger están obligadas a retirarse cuando estén en el domicilio o lugar de trabajo del otro en medida mayor que si estuviesen en el suyo propio.

§ 3.06 *Uso de la fuerza para la defensa de la propiedad*

1. *Uso de fuerza justificable para la defensa la propiedad*

Sujeto a lo dispuesto en esta sección y en la sección 3.09, el uso de fuerza sobre o hacia otra persona es justificable cuando el autor cree que dicha fuerza es inmediatamente necesaria:

a) para evitar o terminar una entrada ilegal u otra forma de transgresión a inmueble, o una trasgresión ilegal de remoción de propiedad mueble y tangible, siempre que dicha propiedad esté, o el autor crea que esté, en su posesión o en la posesión de otra persona en cuya protección él actúa; o

b) para efectuar una entrada o reentrada sobre inmueble o para recuperar propiedad mueble tangible, siempre que el autor crea que él o la persona por cuya autoridad él actúa o una persona de la cual él o la otra persona deriva su título fue ilegalmente despojado de dicho inmueble o propiedad mueble y tiene un derecho a la posesión, siempre que se cumpla además con que:

(i) la fuerza sea usada inmediatamente o en recién persecución después del acto de desposesión; o

(ii) el autor crea que la persona contra la que el usa la fuerza no sea acreedor del derecho de posesión de la propiedad y, en el caso de inmuebles, las circunstancias, tal como el autor cree, son de tal urgencia que sería excepcionalmente oneroso el posponer la entrada o reentrada hasta que se obtuviese una orden del tribunal.

2. Significado de la posesión

Para los propósitos de la subsección (1) de esta sección:

a) una persona que le ha pasado la custodia de propiedad a otra que se niega a restituírsela no se considerará en posesión de ésta, a menos que se trate de propiedad mueble y todavía estuviese localizada en un inmueble en su posesión.

b) una persona que ha sido desposeída de un inmueble no recupera la posesión de éste por el mero acto de poner sus pies sobre él;

c) una persona que tenga licencia para usar u ocupar una propiedad real se considerará en posesión de éste excepto contra el titular que actúe en reclamo de un derecho.

3. Limitaciones al uso justificable de la fuerza

a) **Requerimiento para desistir.** El uso de fuerza es justificable bajo esta sección solo si el autor primero requiere a la persona contra la cual se utiliza la fuerza que desista de su interferencia con la propiedad, a menos que el autor crea que:

- (i) tal requerimiento sería inútil; o
- (ii) sería peligroso para él u otra persona hacer tal requerimiento; o
- (iii) la condición física de propiedad que se intenta proteger con el uso de la fuerza sufriría un daño sustancial antes de que el requerimiento pueda ser efectivamente hecho.

b) **Exclusión de transgresor.** El uso de fuerza para evitar o terminar una transgresión no es justificable bajo esta sección si el autor sabe que la exclusión del transgresor lo expondrá a peligro sustancial de serio daño corporal.

c) **Resistencia a reingreso o recuperación legal.** El uso de fuerza para evitar el ingreso o reingreso en inmueble o la recuperación de propiedad mueble no es justificable bajo esta sección, a pesar de que el autor crea que tal reingreso o recuperación es ilegal, si:

- (i) el reingreso o recuperación es hecho por o en nombre de la persona que fue realmente desposeída de la propiedad; y
- (ii) sea de otro modo justificable bajo la sección (1)(b) de esta sección.

d) **Uso de fuerza mortal.** El uso de fuerza mortal no es justificable bajo esta sección, a menos que el autor crea que:

- (i) la persona contra la que se usa la fuerza está intentado desposeerlo de su domicilio de otro modo que no sea so color de un derecho de posesión; o
- (ii) la persona contra la cual se usa la fuerza está intentado cometer o consumir un incendio, escalamiento, robo u otro delito grave contra la propiedad, o destrucción de propiedad, y;

1) ha empleado o amenazado con emplear fuerza mortal contra o en presencia del autor; o

2) el uso de otra fuerza que no sea mortal para evitar la comisión o consumación del delito expondría al autor, o a otro en su presencia, a un peligro substancial de serio daño corporal.

4. Uso del confinamiento como fuerza defensiva. La justificación concedida por esta sección se extiende al uso de confinamiento como fuerza defensiva sólo si el autor toma todas las medidas razonables para finalizar el confinamiento tan pronto sepa que puede hacerlo con seguridad para la propiedad, a menos que la persona confinada haya sido arrestada por la imputación de un delito.

5. Uso de artefacto para la protección de la propiedad. La justificación concedida por esta sección se extiende al uso de artefactos con el propósito de proteger la propiedad sólo si:

a) el artefacto no está diseñado para causar ni se conoce que pueda crear un riesgo substancial de causar o serio daño corporal; y

b) el uso de un artefacto particular para la protección de la propiedad contra entradas o transgresiones es razonable bajo las circunstancias, según las percibe el autor; y

c) el artefacto es usalmente utilizado para tal propósito o se ha tomado razonable cuidado para hacer conocer a los probables intrusos el hecho de su uso.

6. Uso de fuerza para sobrepasar obstructor sin derecho. El uso de fuerza para sobrepasar una persona la cual el autor crea que a propósito o a sabiendas e injustificadamente obstruye al autor de ir a un lugar al cual legalmente puede ir es justificable, siempre que:

a) el autor crea que la persona contra la cual se utilice la fuerza no tiene un derecho reclamable para obstruir al autor; y

b) el autor no ha sido impedido de entrar o moverse en el inmueble el cual sabe que está en la posesión o bajo custodia de la persona que obstruye, o en la posesión o custodia de otra persona bajo cuya autoridad el obstructor actúa, a menos que las circunstancias, según las perciba el autor, son de tal urgencia que no se pueda razonablemente posponer la entrada o movimiento en dicho inmueble hasta que se obtenga una orden del tribunal; y

c) la fuerza utilizada no sea mayor de la que se justificaría si la persona que obstruye al autor estuviere utilizando fuerza en su contra para evitar su paso.

§ 3.07 *Uso de fuerza en la ejecución de la ley*

1. Uso de fuerza justificada para efectuar un arresto. Sujeto a lo provisto en esta sección y en la sección 3.09, el uso de fuerza hacia o sobre otra persona es justificable cuando el autor esté haciendo o ayu-

dando a hacer un arresto y el autor cree que tal fuerza es inmediatamente necesaria para efectuar un arresto legal.

2. Limitaciones en el uso de la fuerza

- a) el uso de fuerza no es justificable bajo esta sección a menos que:
 - (i) el autor dé a conocer el propósito del arresto, o crea que de otra manera es conocido, o que no se le pueda razonablemente hacer saber a la persona a ser arrestada; y
 - (ii) cuando el arresto sea realizado bajo orden válida o el autor crea que lo es.
- b) el uso de fuerza mortal no es justificable bajo esta sección a menos que:
 - (i) el arresto sea por delito grave; y
 - (ii) la persona que efectúe el arresto esté autorizada a actuar como funcionario del orden público o está ayudando a una persona a quien cree que está autorizada a actuar como funcionario del orden público; y
 - (iii) el autor cree que la fuerza empleada no crea un riesgo substancial del año a personas inocentes; y
 - (iv) el autor cree que:
 - A) el delito por el cual se está haciendo el arresto envuelve conducta que incluye el uso o la amenaza de usar fuerza mortal, o
 - B) existe un riesgo sustancial de que la persona a ser arrestada pueda causar la muerte o serio daño corporal si se pospone su aprensión.

3. Uso de fuerza para prevenir la fuga en la custodia. El uso de fuerza para evitar la fuga de una persona arrestada bajo custodia es justificable cuando la fuerza puede legítimamente haber sido empleada para efectuar el arresto por el cual la persona se encuentra bajo custodia, excepto que el guardia u otra persona autorizada para actuar como funcionario del orden público está justificado para usar cualquier fuerza, incluso fuerza mortal, que él considera que es inmediatamente necesaria para evitar la fuga de alguna persona del presidio, cárcel, u otra institución para la detención de personas imputadas de convictas por delito.

4. Uso de fuerza por persona particular que ayuda en un arresto ilegal

- a) una persona particular que ha sido requerida por un funcionario del orden público a ayudarlo en la realización de un arresto ilegal, está justificada por utilizar cualquier fuerza cuyo uso se pudiera justificar si el arresto fuera legal, siempre que no crea que el arresto es ilegal.
- b) una persona particular que esté ayudando a otra persona particular a efectuar un arresto ilegal, o que, sin ser requerida, ayuda a un funcionario del orden público a efectuar un arresto ilegal, está justificada por utilizar cualquier fuerza cuyo uso se pudiera justificar si el arresto fuera legal, siempre que (i) crea que el arresto es legal, y

(ii) el arresto hubiera sido legal si los hechos hubieran sido como él los creyó.

5. Uso de fuerza para evitar un suicidio o la comisión de un delito

a) el uso de fuerza sobre o hacia otra persona es justificable cuando el autor cree que tal fuerza es inmediatamente necesaria para evitar que esa otra persona cometa suicidio, inflija serio daño corporal a sí misma, realice o consuma la comisión de un delito que envuelva o amenace daño corporal, daño a o pérdida de propiedad o alteración a la paz, excepto que:

(i) cualquier limitación impuesta por otras disposiciones de este artículo sobre la justificación del uso de fuerza en defensa propia, para la defensa de otros, la defensa de la propiedad, la realización de un arresto o la previsión de una fuga, deberá aplicar, a pesar de, la criminalidad de la conducta contra la que se usa fuerza; y

(ii) el uso de fuerza mortal no está justificado en ningún caso bajo esta subsección a menos que:

1) el autor crea que existe un riesgo substancial de que la persona que él quiere evitar que cometa el delito, cause la muerte o serio daño corporal a otra, a no ser que la comisión o consumación del delito sea evitada y que el uso de tal fuerza no presente un riesgo substancial de lastimar personas inocentes; o

2) el autor cree que el uso de dicha fuerza es necesaria para suprimir un alboroto o motín después de que a los alborotadores o amotinados se les haya ordenado a dispersarse y advertidos, en cualquier manera particular, que la ley pueda requerir, que tal fuerza será usada si ellos no obedecen.

b) la justificación concedida por esta subsección se extiende al uso de confinamiento como fuerza preventiva sólo si el autor toma todas las medidas razonables necesarias para finalizar el confinamiento tan pronto como él sepa que pueda hacerlo con seguridad, a menos que la persona confinada haya sido arrestada por la imputación de delito.

§ 3.08 *Uso de fuerza por persona con responsabilidad especial de cuidado, disciplina o seguridad de otros*

El uso de fuerza sobre o hacia otra persona es justificable si:

1. el autor es padre o guardián u otra persona con similar responsabilidad para el cuidado general y la supervisión de un menor o una persona que actúa a petición de dicho padre, guardián u otra persona responsable y:

a) la fuerza es utilizada con el propósito de salvaguardar o promover el bienestar del menor, incluyendo la prevención de o el castigo por mala conducta; y

b) la fuerza usada no se espera que cause, ni se sabe que constituya un riesgo substancial de causar, muerte, serio daño corporal, desfiguración, dolor extremo o angustia mental o crasa degradación o

2. el autor es un maestro u otra persona que de otro modo se le ha confiado el cuidado o la supervisión de un menor con un propósito en especial, y:

a) el autor cree que la fuerza utilizada es necesaria para adelantar tal propósito especial, incluyendo el mantenimiento de una disciplina razonable en la escuela, clase u otro grupo, y que el uso de tal fuerza es compatible con el bienestar del menor; y

b) el grado de fuerza, si ésta ha sido usada por el padre o guardián del menor, no sería injustificable bajo la subsección (1)(b) de esta sección; o

3. el autor es el guardián u otra persona con responsabilidad similar por el cuidado general y supervisión de una persona incapaz, y;

a) la fuerza es utilizada con el propósito de salvaguardar o promover el bienestar de la persona incapaz, incluyendo la prevención de mala conducta, o, cuando dicha persona incapaz esté en un hospital u otra institución para su cuidado y custodia, para el mantenimiento de una disciplina razonable en tal institución; y

b) la fuerza utilizada no se espera que cause, ni se sabe que crea un riesgo sustancial de causar, serio daño corporal, desfiguración, dolor extremo o innecesario, angustia mental o humillación; o

4. el autor es un doctor u otro terapeuta, o persona que lo ayuda bajo su dirección, y

a) la fuerza es utilizada con el propósito de administrar algún tipo de tratamiento reconocido que el autor cree se adapta al propósito de promover la salud física y mental del paciente; y

b) el tratamiento es administrado con el consentimiento del paciente o, si el paciente es un menor o una persona incapaz, con el consentimiento de su padre o guardián u otra persona legalmente capaz para consentir en su nombre, o el tratamiento es administrado en una emergencia cuando el autor cree que nadie capaz para consentir puede ser consultado y que una persona razonable, deseosa de salvaguardar el bienestar del paciente, hubiera consentido; o

5. el autor es guardia u otro funcionario autorizado en una institución correccional, y:

a) él cree que la fuerza utilizada es necesaria para el propósito de hacer valer las reglas o procedimientos legales de la institución, a menos que su creencia sobre la legalidad y procedimientos que intenta hacer valer sea equivocada y su equivocación se debe a la ignorancia o error, con relación a lo dispuesto en el Código, cualquier otra disposición de la ley penal o el estatuto que regule la administración de la institución; y

b) la naturaleza o grado de la fuerza utilizada no está prohibida por el Artículo 3.03 ó 3.04 de este Código; y

c) si se utiliza fuerza mortal, su uso es justificable de otro modo bajo este Artículo; o

6. el autor es la persona responsable por la seguridad de una embarcación o aeronave o una persona que actúa bajo su dirección, y

a) él cree que la fuerza usada es necesaria para evitar interferencia con el manejo de la embarcación o aeronave o una obstrucción con la ejecución de una orden legal, a menos que su creencia en la legalidad de la orden sea equivocada y su equivocación se deba a ignorancia o error con relación a la ley que define su autoridad; y

b) si se utiliza fuerza mortal es utilizada, su uso es justificable de otro modo bajo este Artículo; o

7. el autor es una persona autorizada o requerida por ley para mantener orden o decoro en un vehículo, tren u otro medio de transporte o en un lugar donde otros se hallen reunidos, y:

a) él cree que la fuerza utilizada es necesaria para tal propósito; y

b) la fuerza utilizada no se espera que cause, ni se sabe que crea un riesgo sustancial de causar muerte, daño corporal o extrema angustia mental.

§ 3.09 *Error de derecho con respecto a la ilegalidad de la fuerza o legalidad del arresto; temerario o negligente uso de fuerza justificable, temerario o negligente daño o riesgo de daño a personas inocentes*

1. La justificación concedida por las secciones 3.04 a 3.07 inclusive, no está disponible cuando:

a) la creencia del autor en la ilegalidad de la fuerza o conducta contra la cual utiliza fuerza defensiva o su creencia en la legalidad de un arresto el cual intenta realizar por la fuerza es equivocada; y

b) su equivocación se debe a la ignorancia o error con relación a las disposiciones de este Código, cualquier otra disposición de la ley penal, o el estatuto que gobierne la legalidad del arresto o registro.

2. Cuando el autor cree que el uso de fuerza sobre o hacia otra persona es necesaria para cualquiera de los propósitos para los cuales tal creencia establecería una justificación bajo las secciones 3.03 a 3.08, pero el autor es temerario o negligente al tener tal creencia o al adquirir o dejar de adquirir cualquier conocimiento o creencia que sea relevante a la justificabilidad de su uso de fuerza, la justificación concedida por esas secciones no está disponible en un enjuiciamiento por una ofensa para la cual la temeridad o imprudencia, según sea el caso, sea suficiente para establecer culpabilidad.

3. Cuando el autor esté justificado bajo las secciones 3.03 a 3.08 al usar fuerza sobre o hacia otra persona, pero temeraria o imprudentemente o negligentemente lastima, o crea un riesgo de lastimar, personas

inocentes, la justificación concedida por esas secciones no está disponible en un enjuiciamiento por tal temeridad o negligencia hacia personas inocentes.

§ 3.10 *Justificación en delitos contra la propiedad*

La conducta que envuelva apropiación, incautación o destrucción de daño a, intrusión en o interferencia con la propiedad, es justificable bajo circunstancias que establecerían una defensa de privilegio en una acción civil basada en eso, a menos que:

1. el Código o el estatuto que defina la ofensa se encargue de la situación específica envuelta; o
2. surja claramente el propósito legislativo de excluir la justificación invocada.

§ 3.11 *Definiciones*

En este Artículo, a no ser que un significado diferente sea obviamente requerido:

1. «fuerza ilegal» significa fuerza, incluyendo confinamiento, el cual es empleado sin el consentimiento de la persona contra la cual va dirigido y el empleo de la cual constituye una ofensa o acto torticero, o constituiría tal ofensa o acto torticero, excepto por la defensa (tal como la ausencia de intención, negligencia, o capacidad mental; coacción; edad; o estatus diplomático) sin llegar al privilegio de usar la fuerza. Asentir constituye consentimiento, dentro del significado de esta sección, tanto si es, como si no es de otra manera legalmente efectivo, excepto asentir a que se inflija muerte o serio daño corporal.

2. «fuerza mortal» significa fuerza la cual el autor usa con el propósito de causar, o que sabe que crea un riesgo substancial de causar muerte o serio daño corporal. Disparar a propósito un arma de fuego en la dirección de otra persona o hacia un vehículo en el cual se cree que está otra persona constituye fuerza mortal. Una amenaza de causar muerte o serio daño corporal, al mostrarse un arma o de cualquier otra forma, en tanto el propósito del autor se limite a crear la aprensión de que utilizará fuerza mortal si es necesario, no constituye fuerza mortal;

3. «Domicilio» significa cualquier edificio o estructura, aunque sea móvil o temporal, o una porción de ésta, que en ese momento es el hogar del autor o lugar de alojamiento.

Artículo 4.º
PRINCIPIOS GENERALES DE RESPONSABILIDAD

§ 4.01 *Enfermedad o defecto mental como causal de inimputabilidad*

1. Una persona es inimputable por conducta criminal si al momento de tal conducta y como resultado de enfermedad o defecto mental carece de la capacidad sustancial para apreciar la criminalidad /Ilicitud/ de su conducta o para conformar su conducta a los requerimientos del derecho.

2. Según se usa en este Artículo, los términos «enfermedad» o defecto mental» no incluyen anomalías cuya única manifestación sea la repetida conducta criminal o de otro modo antisocial.

§ 4.02 *Evidencia de enfermedad o defecto mental admisible cuando sea pertinente a los elementos de la ofensa; (desorden o defecto mental que disminuya la capacidad como base para atenuar el castigo en los casos de pena capital)*

1. Prueba de que el imputado sufría una enfermedad o defecto mental es admisible siempre que sea pertinente para probar que el acusado tenía o no el (estado mental) requerido como elemento de la ofensa.

2. Siempre que el jurado o el tribunal esté autorizado para determinar o para recomendar tanto si el imputado será ser sentenciado a muerte o a encarcelamiento como resultado de la convicción, la prueba sobre la disminución la capacidad del para apreciar la criminalidad de su conducta /Ilicito/ o para conformar dicha conducta a los requerimientos del derecho, como resultado y enfermedad o defecto mental será admisible en favor de la sentencia de encarcelamiento si la disminución en la capacidad se dio como resultado del desorden o defecto mental.

§ 4.03 *Enfermedad o defecto mental como causal de inimputabilidad es defensa afirmativa; requisito de notificación; forma del veredicto y decisión cuando se hace determinación de inimputabilidad*

1. La enfermedad o defecto mental como causal de inimputabilidad constituye una defensa afirmativa.

2. Evidencia sobre enfermedad o defecto mental como causal de inimputabilidad no es admisible a menos que el acusado, al momento de hacer su alegación de no culpable o dentro de los diez días posteriores o en cualquier momento posterior que el Tribunal lo permita por justa causa, preste una notificación escrita de su propósito de valerse de tal defensa.

3. Cuando el acusado es absuelto a base de enfermedad o defecto mental, el veredicto y la sentencia así lo harán constar.

§ 4.04 *Enfermedad o defecto mental como causal de incapacidad procesal*

Ninguna persona quien como resultado de enfermedad o defecto mental carezca de capacidad suficiente para comprender los procedimientos en su contra o para ayudar a su propia defensa, será enjuiciada, convicta o sentenciada por la comisión de una ofensa, mientras dure tal incapacidad.

§ 4.05 *Examen psiquiátrico del acusado con relación a la enfermedad o defecto mental*

1. Siempre que el acusado haya presentado notificación de su intención de valerse de la defensa de enfermedad o defecto mental como causal de inimputabilidad, o haya razón para dudar sobre su capacidad procesal, o haya razón para creer que la enfermedad o defecto mental del acusado de alguna otra manera se tornará en una *controversia* en el caso, el tribunal deberá nombrar al menos un psiquiatra cualificado o deberá solicitar de las autoridades de salud correspondientes que se designe al menos un psiquiatra cualificado, cuya designación podría ser o incluirlo a él, para examinar e informar sobre la condición mental del acusado. El tribunal podrá ordenar al imputado su ingreso a un hospital u otra facilidad adecuada para los propósitos del examen por un período no mayor de sesenta días, o tan largo como el tribunal determine necesario a esos propósitos y podrá indicar que un psiquiatra calificado y elegido por el acusado se le permita presenciar y participar en el examen.

2. En dicho examen se podrá emplear cualquier método aceptado por la profesión médica para el examen de aquellos que alegadamente sufren de enfermedad o defecto mental.

3. El informe del examen deberá incluir lo siguiente: (a) una descripción de la naturaleza del examen; (b) un diagnóstico de la condición mental del acusado; (c) si el imputado sufre de una enfermedad o defecto mental una opinión sobre su capacidad para comprender los procedimientos en su contra y para ayudar a su propia defensa; (d) cuando la

notificación de la intención de valerse de la defensa de inimputabilidad haya sido presentada, una opinión sobre la extensión, si alguna, de la disminución de capacidad del acusado para apreciar la criminalidad /Ilicitud/ de su conducta o para conformar ésta a los requerimientos del derecho se al momento de la conducta criminal imputada; y (e) cuando el tribunal lo solicite, una opinión sobre la capacidad del acusado para tener un estado mental particular que sea un elemento de la ofensa imputada.

Si el examen no puede ser realizado a causa de la renuencia del acusado a participar en él, el informe así lo hará constar e incluirá, si es posible, una opinión con relación a si tal renuencia del acusado fue producto de enfermedad o defecto mental.

El informe del examen deberá ser presentado /en triplicado/ ante el secretario del tribunal, quien deberá enviar copia al fiscal de distrito y al abogado del acusado.

§ 4.06 *Determinación sobre capacidad procesal; efecto de la determinación de incapacidad; procedimiento si se recupera la capacidad [vista o audiencia post ingreso]*

1. Cuando la capacidad procesal sea cuestionada, la controversia deberá ser resuelta por el tribunal. Si ni el Ministerio Fiscal la defensa del acusado no impugnan los resultados del informe presentado de conformidad con la sección 4.05, el tribunal podrá hacer su determinación a base de en dicho informe. Si el resultado es impugnado, el tribunal celebrará una vista (audiencia) sobre la controversia. Si el informe es admitido en evidencia en esa vista, la parte que impugnó los resultados de éste tendrá derecho a citar y conainterrogar a los psiquiatras que concurren en el informe y a ofrecer evidencia sobre tal asunto.

2. Si el tribunal determinase que el acusado carece de capacidad procesal, los procedimientos en su contra deberán ser suspendidos, excepto por lo dispuesto en la subsección (3) /subsecciones (3) y (4)/ de esta sección y el tribunal deberá entregarlo a la custodia del Comisionado de Salud Mental /Salud Pública o Corrección/ para ser ubicado en una institución apropiada del Departamento de Salud Mental /Salud Pública o Corrección/ mientras esa falta de capacidad procesal perdure. Cuando el tribunal, por iniciativa propia o solicitud del Comisionado de Higiene Mental /Salud Pública o Corrección/ o del Ministerio Fiscal, determina, tras una vista si esta es solicitada, que el acusado ha recuperado su capacidad procesal, los procedimientos serán reanudados. Si, empero, el tribunal estima que ha transcurrido tanto tiempo desde la entrega del acusado para custodia que sería injusto reanudar el procedimiento en su contra, el tribunal podrá archivar la acusación y podrá ordenar que el imputado sea puesto en libertad o, sujeto a la ley que regule la custodia

civil de las personas que sufran de enfermedad o defecto mental, que el imputado sea ingresado en una institución apropiada del Departamento de Salud Mental /Salud Pública/.

3. El hecho de que el acusado carezca de capacidad procesal no impide ninguna objeción legal al procesamiento que es susceptible de justa determinación con anterioridad al juicio y sin la comparecencia personal del imputado. /Alternativa: (3) En cualquier tiempo dentro de los noventa días después de la custodia dispuesta en la subsección (2) de esta sección, o en cualquier tiempo posterior con permiso del tribunal concedido por justa causa, el acusado o su defensor o el Comisionado de Salud Mental /Salud Pública o Corrección/ puede solicitar una vista post-custodia. Si la solicitud es hecha por o en beneficio de un acusado sin representación legal, se le deberá conceder una oportunidad razonable para obtener tal representación, y si carece de medios para ello, el tribunal se la deberá nombrar. La solicitud se aprobará solamente si la representación del acusado satisface al tribunal por affidavit o de otra forma de que, como abogado, él tiene base razonable para de buena fe creer que su cliente tiene, bajo los hechos y el derecho aplicable, una defensa para la acusación que no sea enfermedad o defecto mental como causal de inimputabilidad./

4. Si la moción para una vista especial post-custodia es concedida o aprobada, la vista será hecha por el tribunal sin jurado. Ninguna evidencia podrá ser ofrecida por ninguna de las partes con relación a la controversia sobre enfermedad desorden o defecto mental como defensa, o como atenuante, al delito imputado. Después de la vista, el tribunal podrá, en el caso apropiado, sobreseer la acusación u otro cargo, o estimar que es defectuoso o insuficiente, o determinar que no ha sido probado más allá de duda razonable por la prueba, o de otra forma finalizar los procedimientos a base de la evidencia o del Derecho. En cualquiera de dichos casos, a menos que los defectos en los procedimientos sean rápidamente subsanados, el tribunal deberá finalizar la custodia ordenada bajo la subsección (2) de esta sección y ordenar que sea puesto en libertad o, sujeto a la ley que gobierna la custodia civil de personas que sufran de enfermedad o defecto mental, ordenar que el acusado sea ingresado en una institución apropiada del Departamento de Salud Mental /Salud Pública/.

§ 4.07 *Determinación de inimputabilidad a base del informe, acceso del acusado por psiquiatra de su propia elección, forma del testimonio de pericial en torno a controversia sobre imputabilidad*

1. Si el informe prestado de conformidad a la sección 4.05 sostiene que el acusado al tiempo de la conducta criminal imputada sufría de enfermedad o defecto mental que substancialmente disminuía su capa-

cidad para apreciar la criminalidad /Ilicitud/ de su conducta o de conformar ésta a los requerimientos del derecho, y el tribunal, tras una vista si ésta es solicitada por el Ministerio Público o el acusado, queda satisfecho de que tal disminución era suficiente para la inimputabilidad, el tribunal, tras moción del acusado deberá emitir sentencia de absolución por razón de desorden o defecto mental como causal de inimputabilidad.

2. Cuando, a pesar del informe presentado de conformidad con la sección 4.05, el imputado desee ser examinado por un psiquiatra cualificado u otro perito de su propia elección, se permitirá a dicho examinador tener un acceso razonable al acusado a los fines de realizar tal examen.

3. Durante el juicio, los psiquiatras que hayan informado de conformidad con la sección 4.05 podrán ser llamados como testigos por el Ministerio Fiscal, el acusado o el tribunal. Si la controversia es ventilada por un jurado, el jurado podrá ser informado de que el psiquiatra fue nombrado por el tribunal o por el superintendente del hospital a petición del tribunal, según sea el caso. Si es llamado por el tribunal, el testigo estará sujeto a ser contrainterrogado por el Ministerio Fiscal por acusado. Tanto aquél como éste podrán citar cualquier otro psiquiatra cualificado u otro perito para testificar, pero nadie que no haya examinado al imputado será competente para emitir su opinión pericial respecto a la condición mental o imputabilidad del acusado, a diferencia de la validez del procedimiento seguido por, o las prohibiciones científicas generales emitidas por, otro testigo.

4. Cuando un psiquiatra u otro perito que ha examinado al acusado testifique sobre su condición mental, se le permitirá hacer declaraciones sobre la naturaleza de su examen, su diagnóstico de la condición mental, del acusado al momento de la comisión de la ofensa imputada y su opinión del alcance, si alguno, de la disminución del acusado capacidad para apreciar la criminalidad /ilicitud/ de su conducta o para conformar dicha conducta con los requerimientos del derecho o de tener un estado mental particular que es un elemento de la ofensa imputada, como resultado de una enfermedad o defecto mental en ese momento. Se le permitirá hacer cualquier explicación razonable a los fines de clarificar su diagnóstico y opinión, y podrá ser contrainterrogado sobre cualquier materia vinculada a su competencia o credibilidad o la validez de su diagnóstico u opinión.

§ 4.08 *Efecto legal de la absolución a base de enfermedad de una enfermedad o defecto mental que sea causal de inimputabilidad; custodia; liberar o dar de alta*

1. Cuando un acusado sea absuelto a base de enfermedad u mental que excluya la imputabilidad, el tribunal deberá ordenar su custodia

al Comisionado de Salud Mental /Salud Pública/ para ingreso en una institución apropiada para su custodia, cuidado y tratamiento.

2. Si el Comisionado de Salud Mental /Salud Pública/ estima que una persona bajo su custodia, conforme al párrafo (1) de esta Sección, puede ser dada de alta o liberada condicionalmente, sin peligro para sí mismo o para otros, deberá solicitar la alta o liberación de dicha persona en un informe al tribunal por el que tal persona fue puesta en custodia, y enviar copia de esa solicitud y del informe al Funcionario del Ministerio Fiscal del condado /vecindad/ del lugar donde el acusado fue puesto en custodia. El tribunal deberá, entonces, nombrar dos psiquiatras cualificados para examinar a dicha persona e informar dentro de los próximos sesenta días, o el tiempo que el tribunal estime necesario para ese propósito, sus opiniones sobre su condición mental. Para facilitar tal examen y los procedimientos relacionados, el tribunal podrá hacer que esa persona sea confinada en cualquier institución localizada cerca del lugar donde radique el tribunal, el cual deberá en lo sucesivo ser designada por el Comisionado de Salud Mental /Salud Pública/ como adecuado para la detención temporal de personas inimputables.

3. Si el tribunal queda satisfecho por el informe prestado de conformidad con el párrafo (2) de esta sección y los testimonios de los psiquiatras informantes que el tribunal considere necesario, de que la persona bajo custodia civil sea liberada o dada de alta, bajo condiciones que no representen un peligro para sí misma o para otros, el tribunal ordenará la alta o la liberación bajo las condiciones que el tribunal estime necesarios. Si el tribunal no queda satisfecho, deberá ordenar prontamente una vista para determinar si dicha persona podría o no ser liberado o dada de alta sin peligro. Tal vista será considerada como un procedimiento civil y el peso de la prueba recae sobre la persona custodiada para probar que puede ser liberada o dada de alta sin peligro. De acuerdo con la determinación del tribunal tras la vista, la persona custodiada consiguientemente será dada de alta o liberada bajo condiciones como el tribunal las estime necesarias, o deberá ser puesto nuevamente bajo custodia del Comisionado de Salud Mental /Salud Pública/, sujeto a alta o liberación sólo de conformidad con el procedimiento arriba prescrito para una primera vista.

4. Si dentro de los /cinco/ años después de la liberación condicional de una persona bajo custodia civil, el tribunal determinara, después de vista evidenciaria, que, las condiciones de liberación no han sido cumplidas y que por la seguridad de tal persona o por la de otros su liberación condicional debe ser revocada, el tribunal deberá inmediatamente ordenar que sea puesto bajo la custodia del Comisionado de Salud Mental /Salud Pública/, sujeto a ser dado de alta o liberado sólo de conformidad con el procedimiento prescrito arriba para una primera vista.

5. Una persona bajo custodia civil podrá solicitar su liberación o alta al tribunal que le hubiere puesto en ella, y el procedimiento a seguir sobre dicha solicitud deberá ser el mismo que el prescrito arriba para el

caso de solicitud por el Comisionado de Salud Mental /Salud Pública/. Sin embargo, tal solicitud de personas bajo custodia no será considerada hasta que no haya sido confinada por un período no menor de /seis meses/ desde la fecha de la orden de custodia, y si la determinación del tribunal fue adversa a la solicitud, a dicha persona no se lo permitirá presentar otra solicitud sino hasta después de pasado /un año/ de la fecha de cualquier vista anterior por solicitud de liberación o alta.

§ 4.09 *Declaraciones a los fines de examen o tratamiento inadmisibles excepto sobre la controversia de condición mental*

Una declaración hecha por una persona sujeta a examen psiquiátrico o tratamiento de conformidad con las secciones 4.05, 4.06 ó 4.08 para fines propósitos de dicho examen o tratamiento no será admisible en evidencia contra ella en ningún procedimiento criminal con respecto a ninguna cuestión que no sea su condición mental, pero será admisible con relación a esa cuestión, aún cuando pudiera de otra forma ser considerada una comunicación privilegiada /a no ser que dicha declaración constituya una admisión de culpa sobre el delito imputado/.

§ 4.10 *Inmadurez que excluye de convicción criminal; transferencia de los procedimientos al tribunal de menores*

1. Una persona no podrá ser enjuiciada o convicta por una ofensa si:

a) al momento de la conducta imputada que constituye la ofensa tenía menos de dieciséis años de edad/, en cuyo caso el tribunal de menores tendrá jurisdicción exclusiva/.

b) al momento de la conducta imputada que constituye la ofensa tenía dieciséis o diecisiete años, a no ser:

- (i) el tribunal de menores no tenga jurisdicción sobre él, o,
- (ii) el tribunal de menores haya emitido una orden renunciando a su jurisdicción y consintiendo a que se le instituya un procedimiento criminal en su contra.

2. Ningún tribunal tendrá jurisdicción para enjuiciar o condenar a una persona por una ofensa si el procedimiento criminal en su contra está prohibido por la subsección (1) de esta Sección. Cuando surga que una persona imputada de la comisión de una ofensa pueda tener tal edad que el proceso penal pudiera estar prohibido bajo la subsección (1) de esta Sección, el tribunal deberá realizar una vista al respecto, y recaerá sobre el Ministerio Fiscal el peso de la prueba sobre el Ministerio Fiscal para demostrar a satisfacción del tribunal, que el procedimiento criminal

no está prohibido por tales razones. Si el tribunal determina que el procedimiento está prohibido, la custodia de la persona imputada será entregada al Tribunal de Menores, y el caso, incluyendo todos los papeles y procesos relacionados a éste, deberán ser transferidos.

Artículo 5.º

PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL DELITO IMPERFECTO

§ 5.01 *Tentativa Criminal*

1. Definición de la Tentativa.—Una persona es culpable de una tentativa para cometer un delito si, al actuar con la especie de culpabilidad que de otra manera se requiere para la comisión del delito, él:

a) A propósito incurre en conducta que constituiría el delito si las circunstancias concurrentes fueran como él las creyó; o

b) Cuando causar un resultado específico es un elemento del delito, hace o deja de hacer algo con el propósito de causar o con la creencia de que ha de causar dicho resultado sin ulterior conducta de su parte; o

c) A propósito hace o deja de hacer algo que, bajo las circunstancias tal como él las cree, es un acto u omisión que constituye un paso sustancial en un curso de conducta planeada para culminar en la comisión del delito.

2. Conducta que puede considerarse un paso sustancial bajo la subsección (1)(c). Una conducta no será considerada constitutiva de un paso sustancial bajo la subsección (1) (c) de esta sección a menos que sea altamente corroborativa del propósito criminal del autor. Sin negar la suficiencia de otra conducta, lo siguiente, si altamente corrobora el propósito criminal del autor, no será considerado insuficiente como cuestión de derecho.

a) Acechando, buscando o siguiendo a la eventual víctima del delito;

b) Seduciendo/o intentando seducir a la eventual contemplada víctima del delito a que vaya al lugar contemplado para su comisión.

c) Explorando el lugar contemplado para la comisión del delito.

d) La entrada ilegal en una estructura, vehículo o cercado en el cual se contempla que el delito será cometido;

e) Posesión de materiales a emplearse en la comisión del delito los cuales están especialmente diseñados para el uso ilegal o que no pueden dicho servir a un propósito legal en las circunstancias del autor;

f) Posesión, acumulación o fabricación de los materiales a ser empleados en la comisión del delito, en o cerca del lugar contemplado para su comisión, si tal posesión, acumulación o fabricación no sirve a un propósito legal en las circunstancias del autor.

g) Solicitando de un agente inocente que incurra en conducta constitutiva de un elemento del delito.

3. Conducta dirigida a ayudar a otro en la comisión de un delito. Una persona quien incurra en conducta dirigida a ayudar a otra a cometer un delito lo cual establecería su complicidad bajo la Sección 2.06 si el delito fuera cometido por esa otra persona, es culpable de la tentativa de cometer el delito, aunque el delito no sea cometido ni intentado por esa otra persona.

4. Renuncia del Propósito Criminal.—Cuando la conducta del autor de otra manera constituya una tentativa bajo la Subsección (1) (b) o (1) (c) de esta Sección, es una defensa afirmativa que él abandonó su esfuerzo para cometer el delito o de otra forma evitó su comisión, bajo circunstancias que manifiesten una completa y voluntaria renuncia a su propósito criminal. El establecimiento de dicha defensa, sin embargo, no afecta la responsabilidad de un cómplice que no se unió en dicho abandono o evitación.

Según el significado de este Artículo, la renuncia al propósito criminal no es voluntaria si fue motivada en todo o en parte, por circunstancias que no estaban presentes o aparentes en el comienzo del curso de conducta del autor, que aumentan la probabilidad de ser detenido o capturado o que hacen más difícil el logro del propósito criminal. La renuncia no es completa si es motivada por la decisión de posponer la conducta criminal hasta un momento más ventajoso o transferir el esfuerzo criminal a otro objetivo o víctima similares.

§ 5.02 *Incitación Criminal*

1. Definición de Incitación.— Una persona es culpable de incitación para cometer de un delito si con el propósito de promover o facilitar su comisión ordena, estimula incita o pide a otra que incurra en conducta específica que constituiría ese delito o una tentativa de cometer ese delito, o establecería su complicidad en su comisión o tentativa.

2. Incitación sin comunicación.— Es irrelevante bajo la Subsección (1) de esta sección que el autor no logre comunicarse con la persona a la cual incita cometer el delito si su conducta estaba dirigida a efectuar tal comunicación.

3. Renuncia al Propósito Criminal.— Es una defensa afirmativa que el autor, después de incitar a otro la comisión de un delito, lo persuade para que no lo haga o de otra forma evite la comisión del delito, bajo circunstancias que manifiesten una total y voluntaria renuncia al propósito criminal.

§ 5.03 *Conspiración Criminal*

1. Definición de Conspiración.— Una persona es culpable de conspirar con otra u otras personas para cometer un delito si con el propósito de promover o facilitar su comisión el:

a) Acuerda con dicha persona o personas que ellos, o uno o más de ellos incurran en la conducta que constituye dicho delito o la tentativa o incitación para cometerlo; o

b) Acuerda ayudar a dicha persona o en la planificación o comisión de dicho delito o en la tentativa o incitación para cometerlo.

2. Alcance de la Relación Conspiracional.— Si una persona culpable de conspiración, según es definida por la subsección (1) de esta sección, sabe que alguna persona con la cual él conspiró para cometer un delito ha conspirado con otra u otras personas para cometer el mismo delito, es culpable de conspirar con dichas personas, bien conozca o no sus identidades, para cometer dicho delito.

3. Conspiración con Objetivos Criminales Múltiples.— Si una persona conspira para cometer un número de delitos él es culpable únicamente de una conspiración en la medida que esos delitos múltiples son el objeto del mismo acuerdo o continua relación conspiracional.

4. Acumulación y competencia en Enjuiciamiento por Conspiración

a) Sujeto a las disposiciones del párrafo (b) de esta subsección, dos o más personas imputadas de una conspiración criminal pueden ser enjuiciadas conjuntamente si:

(i) Se les imputa conspirar con la otra; o

(ii) Las conspiraciones alegadas, tanto si tienen las mismas o a diferentes partes, están tan relacionadas que constituyen aspectos diferentes de un esquema de conducta criminal organizado.

b) En cualquier enjuiciamiento conjunto bajo el párrafo (a) de esta subsección:

(i) Ningún imputado será acusado de una conspiración en un condado o distrito diferente a donde él entró en dicha conspiración o en la cual el acto manifiesto para dicha conspiración, por él o por una persona con la cual conspiró; y

(ii) ni la responsabilidad de cualquier acusado ni la admisibilidad de evidencia en su contra de actos o declaraciones de otro, será aumentada por tal acumulación

(iii) el tribunal ordenará la separación de juicios o un veredicto especial para cualquier imputado que así lo requiera, si lo determina necesario o apropiado para promover la justa determinación de su culpabilidad o inocencia, y deberá tomar cualquier otra medida apropiada para proteger la justicia del juicio.

5. Acto Manifiesto.— Ninguna persona podrá ser convicta de conspiración para cometer un delito, salvo delito grave de primer o segundo grado, a menos que se alegue y pruebe un acto manifiesto en la

consecución de dicha conspiración, que fue llevado a cabo por él o por una persona con la cual él conspiró.

6. Renuncia del Propósito Criminal.— Es una defensa afirmativa que el autor, después de conspirar para cometer un delito, impidió el éxito de la conspiración, bajo circunstancias que manifiestan una renuncia total y voluntaria de su propósito criminal.

7. Duración de la Conspiración.— Para los propósitos de la Sección 1.06 (4):

a) Conspiración es un curso continuado de conducta que termina cuando el delito o delitos se cometen objeto de la conspiración o cuando el acuerdo conspiratorio es abandonado por el imputado y por aquellos con los cuales él conspiraba; y

b) Dicho abandono se presume si ni el imputado ni las personas con las cuales conspirada hacen un acto manifiesto en consecución de la conspiración durante el término de prescripción aplicable; y

c) Si un individuo abandona el acuerdo, la conspiración termina con relación a él sólo cuando da a conocer a aquellos con los cuales conspiraba su retirada, o informa a las autoridades de la existencia de orden público de la conspiración y de su participación en ella.

§ 5.04 *Incapacidad, Responsabilidad o Inmunidad de una Parte en la Incitación o Conspiración*

1. Excepto por lo dispuesto en la subsección (2) de esta sección es irrelevante para la responsabilidad de una persona que incita o conspira con otra para la comisión de un delito que:

a) El o la persona a la cual incita o con la cual él conspira no ocupe una posición específica o tenga una característica particular que es elemento de dicho delito, si el cree que uno de ellos la ocupa o tiene; o

b) La persona a la cual incita o con la cual conspira es inimputable o tiene inmunidad para el procesamiento o convicción por la comisión del delito.

2. Es una defensa en una imputación de incitación o conspiración para cometer un delito, que si el objeto criminal fuere logrado, el autor no sería culpable de un delito bajo la ley que define la ofensa o como un cómplice bajo la Sección 2.06(5) ó 2.06(6) (a) ó 6(b).

§ 5.05 *Grado de Tentativa, Incitación y Conspiración Criminal; Mitigación en Casos de Menor Peligro; Impedimento de Convicciones Múltiples*

1. Grado.— Excepto que de otra forma se disponga en esta sección, la tentativa, incitación y conspiración son delitos del mismo grado

que sería ofensa que es intentada o incitada o es un objeto de la conspiración.

Una tentativa, incitación o conspiración para cometer un delito capital o un «delito grave» de primer grado, es un «delito grave» de segundo grado.

2. Mitigación.— Si la conducta específica imputada de constituir una tentativa incitación o conspiración criminal es tan inherentemente improbable que culmine en la comisión de un delito, ni que dicha conducta ni el autor presentan un peligro público, mereciendo el grado de dicha ofensa bajo esta sección, el tribunal deberá ejercitar su facultad bajo la Sección 6.12 al dictar sentencia e imponer pena por un delito de un grado o categoría menor, o en casos extremos, podrá desestimar la acusación.

3. Convicciones múltiples.— Una persona no podrá ser convicta de mas de una ofensa definida por este artículo, por conducta dirigida a cometer o culminar en la comisión del mismo delito.

§ 5.06 *Posección de Instrumento de delito; Armas*

1. Instrumentos criminales, en general.— Una persona comete un delito menos grave si posee algún «instrumento de delito» con el propósito de emplearlo criminalmente. «Instrumento de delito» significa:

- a) Cualquier cosa especialmente hecha o adaptada para uso criminal;
- o
- b) Cualquier cosa comúnmente usado para propósitos criminales y poseídas por el autor bajo circunstancias que no niegan un propósito ilegal.

2. Presunción de un propósito criminal por la posesión de un arma.— Si una persona posee un arma de fuego u otra arma en o cerca de su persona, en un vehículo ocupado por él, o de otra forma fácilmente disponible para utilizarse, se presume que tenía el propósito de emplearla criminalmente, a menos que:

- a) El arma es poseída dentro de la casa o el lugar de trabajo del autor;
- b) El autor tiene licencia o de otra forma está autorizado por ley para poseer dicha arma; o
- c) El arma es de un tipo comúnmente usada en un deporte legal.

«Arma» significa cualquier cosa fácilmente susceptible de uso letal y poseída bajo circunstancias manifiestamente no apropiadas para con uso legal que pudiera tener; el término incluye un arma de fuego que no esté cargada o carezca de un clip u otro componente que lo haga inmediatamente operable, y componentes que pueden fácilmente montarse para formar.

3. Presunciones con respecto a la Posesión de Instrumentos Criminales dentro de Automóviles.— si un arma u otro instrumento de delito.

se encuentra en un automóvil se presume que está en la posesión del ocupante si sólo hay uno. Si hay más de un ocupante, se presume que está en la posesión de todos, excepto bajo las siguientes circunstancias:

- a) Se encuentra en la persona de uno de los ocupantes.
- b) El automóvil no es robado o hurtado y el arma o instrumento se encuentra fuera de la vista, en un compartimiento, baúl del carro, u otro depósito usual adjunto, en cuyo caso se presumirá que está en posesión del ocupante u ocupantes, que sean dueños del automóvil o tengan autoridad para operarlo;
- c) En el caso de un taxi, un arma o instrumento encontrada en la parte del pasajero del vehículo, se presume que está en la posesión de todos los pasajeros, si hay alguno, y si no, en la posesión del conductor.

§ 5.07 *Armas Ofensivas Prohibidas*

Salvo que esté autorizada por ley, una persona comete un delito menos grave si fabrica, repara, vende o de alguna manera brega con, usa o posee algún arma ofensiva. «Arma ofensiva» significa cualquier bomba, ametralladora, escopeta de cañon recortado, arma de fuego especialmente hecha o adaptado para dispararse disimulada o silenciosamente, cualquier macana, cachiporra, manopla, daga u otra herramienta para la inflicción de grave daño corporal que no sirva para ningún propósito legal. Es una defensa bajo esta sección que el imputado debe probar por preponderancia de la prueba que él poseía o bregaba con el arma únicamente por curiosidad o en una representación dramática, o que la poseía, por breves momentos como consecuencia de haberla encontrado o tomado de su agresor, o bajo circunstancias similares que nieguen cualquier propósito o probabilidad de que el arma sería usada ilegalmente. Las presunciones dispuestas por la Sección 5.06(3) son aplicables a los procesamientos bajo esta sección.

Artículo 6.º
REGIMEN DE LAS PENAS PARA LOS OFENSORES

§ 6.01 Grados de Delitos

1. Para fines de la imposición de sentencia, los delitos graves definidos por este Código se clasifican en tres grados:

- a) delito grave del primer grado
- b) delito grave del segundo grado
- c) delito grave del tercer grado.

Un delito grave es del primer o segundo grado cuando así se dispone en el Código. Un delito declarado grave sin especificación del grado es del tercer grado.

2. No obstante, cualquier otra disposición de ley, un delito grave definido por cualquier estatuto de este Estado que no sea este Código, constituirá, para propósitos de sentencia, un delito grave del tercer grado.

§ 6.02 Sentencias de Acuerdo con este Código; Disposiciones Autorizadas

1. Ninguna persona convicta de una ofensa será sentenciada de otra manera que no sea de acuerdo con este Artículo.

2. El Tribunal sentenciará a muerte o a prisión de conformidad con la Sección 210.6, a una persona que haya sido convicta de asesinato.

3. Excepto lo provisto en la subsección (2) de esta sección y sujeto a las disposiciones aplicables del Código, el Tribunal podrá suspender la imposición de sentencia a una persona que haya sido convicta de un delito, puede ordenar confinamiento civil en vez de la sentencia, de acuerdo con la sección 6.13, o puede sentenciarlo de la siguiente manera:

- a) a pagar una multa según lo autoriza la sección 6.03; o
- b) ponerlo en probatoria /y, en el caso de una persona convicta de un delito grave o menos grave a prisión por un término fijado por el Tribunal, el cual no excederá de 30 días, a ser cumplido como condición de la probatoria;/ o
- c) a reclusión por un término autorizado por las secciones 6.05, 6.06, 6.07, 6.08, 6.09 ó 7/06; o
- d) a una multa y a probatoria o a multa y prisión, pero no a probatoria y a prisión /exceptuando lo autorizado en el párrafo (b) de esta subsección/.

4. El Tribunal puede suspender la imposición de sentencia a una persona que ha sido convicta de una contravención o puede sentenciarlo a pagar una multa autorizada por la sección 6.03.

5. Este artículo no priva al Tribunal de ninguna autoridad conferida por ley para decretar una confiscación de propiedad, suspender o cancelar una licencia, remover a una persona de algún puesto o de imponerle alguna otra penalidad civil. Tal dictamen u orden puede ser incluida en la sentencia.

§6.03 *Multas*

Una persona que ha sido convicta de una ofensa puede ser sentenciada a pagar una multa que no exceda de:

1. diez mil dólares (US\$10,000) cuando la convicción es por un delito grave del primer o segundo grado;
2. cinco mil dólares (US\$5,000) cuando la convicción es por un delito grave del tercer grado;
3. mil dólares (US\$1,000) cuando la convicción es por un delito menos grave;
4. quinientos dólares (US\$500) cuando la convicción es por un delito leve o una contravención;
5. ninguna cantidad mayor igual al doble de la ganancia pecuniaria derivada de la ofensa por el ofensor;
6. ninguna cantidad mayor específicamente autorizada por estatuto.

§ 6.04 *Penalidades contra Corporaciones y Asociaciones No Incorporadas; Confiscación del Certificado Corporativo o Revocación del Certificado que Autoriza a Corporaciones Extranjeras a Realizar Negocios en el Estado*

1. El Tribunal puede suspender la sentencia de una corporación o asociación no incorporada que ha sido convicta de una ofensa o puede sentenciarla a pagar una multa autorizada por la sección 6.03.

2. (a) /El Ministerio Fiscal/ está autorizado a instituir procedimientos civiles en el tribunal pertinente de jurisdicción general, para confiscar el certificado de una corporación organizada bajo las leyes de este estado o para revocar el certificado que autoriza a una corporación extranjera a realizar negocios en este estado. El Tribunal puede ordenar que el título sea confiscado o el certificado revocado una vez determinado: (i) que la Junta de Directores o un alto agente directivo actuando en nombre de la corporación, al conducir los asuntos de la corporación, a propósito incurrió en un curso persistente de conducta criminal y (ii)

que para la prevención futura de conducta criminal del mismo carácter, el interés público requiere que el título de la corporación sea confiscado y la corporación sea disuelta o el certificado sea revocado.

b) cuando una corporación es convicta de un delito o un alto agente directivo de la corporación, según lo define la sección 2.07, es convicto de un delito cometido al conducir los asuntos de la corporación, el Tribunal, al sentenciar a la corporación o al agente, puede instruir al Ministerio Fiscal a instituir procedimientos autorizados por el párrafo (a) de esta subsección.

c) Los procedimientos autorizados por el párrafo (a) de esta subsección, serían conducidos de acuerdo con los procedimientos autorizados por la ley para la disolución involuntaria de una corporación o la revocación del certificado que autoriza a una corporación extranjera a realizar negocios en este estado. Dichos procedimientos se considerarán adicionales a cualquier otro procedimiento autorizado por ley con el propósito de confiscar el título de una corporación o revocar el certificado de una corporación extranjera.

§ 6.05 *Jóvenes Adultos Ofensores*

1. Tratamiento correccional especializado.

Un joven adulto ofensor es una persona convicta de un delito, quien al momento de la sentencia tiene dieciséis años o más pero es menor de veintidós años de edad. Un joven adulto ofensor que es sentenciado a un término de reclusión que puede exceder de treinta días /alternativas: (1) noventa días; (2) un año/ será puesto bajo la custodia de la División de Corrección de Jóvenes Adultos del Departamento de Corrección y recibirá, en la medida que sea posible el tratamiento correccional rehabilitador, especial e individualizado, que sea apropiado para sus necesidades.

2. Término especial

Un joven adulto ofensor convicto de un delito grave, en lugar de alguna otra sentencia de reclusión autorizada por este artículo podrá ser sentenciado a un término especial de reclusión sin un mínimo y con un máximo de cuatro años, independientemente del grado del delito grave envuelto, si el Tribunal estima que tal término especial es adecuado para su corrección y rehabilitación y que no afectará la protección pública.

3. Eliminación de incapacidad; revocación de convicción.

a) Al sentenciar a un joven adulto ofensor al término especial previsto por esta sección o a cualquier otra sentencia que no sea una de reclusión, el Tribunal podrá ordenar que mientras él no sea convicto de otro delito grave, la sentencia no constituya una convicción para propósitos de cualquier descalificación o incapacidad, impuesta por ley tras la convicción por un delito.

b) Cuando cualquier joven adulto ofensor es incondicionalmente liberado de una probatoria o libertad bajo palabra antes de la expiración del término máximo de la sentencia, el Tribunal puede expedir una orden para dejar sin efecto la sentencia de convicción.

4. Reclusión para observación

Si después de la investigación pre-sentencia, el Tribunal desea información adicional relacionada con el joven adulto ofensor antes de imponer sentencia, puede ordenar que él sea recluido, por un período que no exceda noventa días, bajo la custodia de la División de Corrección de Jóvenes Adultos del Departamento de Corrección para observación y estudio en un centro apropiado de recepción y clasificación. Dicha división del Departamento de Corrección y la /División de Jóvenes Adultos/ de la Junta Libertad Bajo Palabra deberá informar al Tribunal de sus hallazgos y recomendaciones en o antes de la expiración del período de noventa días.

§ 6.06 *Sentencia de Reclusión por Delitos, Graves, Términos Ordinarios*

Una persona que ha sido convicta de un delito grave, puede ser sentenciada a reclusión, como sigue:

1. En el caso de un delito grave del primer grado, por un término mínimo, que sea fijado por el Tribunal, en no menos de un año, ni más de diez años; el término máximo será reclusión de por vida;

2. En el caso de un delito grave del segundo grado, por un término mínimo, que será fijado por el Tribunal, en no menos de un año, ni más de tres años; el término máximo será de diez años.

3. En el caso de un delito grave del tercer grado, por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de un año, ni más de dos años; el término máximo será de cinco años.

§6.06 *Alterna; Sentencia de reclusión por delito grave; Términos ordinarios*

Una persona que ha sido convicta de un delito grave puede ser sentenciada a reclusión, como sigue:

1. En el caso de un delito grave del primer grado, por un término mínimo que sea fijado por el Tribunal en no menos de un año, ni más de diez años, y un máximo no mayor de veinte años o reclusión de por vida;

2. En el caso de un delito grave del segundo grado, por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de un año, ni mayor de tres años, y un máximo no mayor de diez años;

3. En el caso de un delito grave del tercer grado, por un término mínimo, que será fijado por el Tribunal en no menos de un año, ni mayor de tres años, y un máximo no mayor de cinco años.

No se impondrá sentencia alguna bajo esta sección cuyo mínimo sea mayor que la mitad del máximo, o, cuando el máximo es de reclusión de por vida, mayor de diez años.

§ 6.07 *Sentencia de reclusión por delito grave; Términos prolongados*

En los casos señalados en la sección 7.03, una persona que ha sido convicta por un delito grave puede ser sentenciada a un término prolongado de reclusión, como sigue:

1. En el caso de un delito grave del primer grado, por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de cinco años, ni más de diez años; el término máximo será reclusión de por vida;

2. En el caso de un delito grave del segundo grado, por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de un año, ni más de cinco años, el término máximo será fijado por el Tribunal en no menos de diez años ni más de veinte años.

3. En el caso de un delito grave del tercer grado, por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de un año, ni más de tres años el término máximo será fijado por el Tribunal en no menos de cinco años ni mayor de diez años.

§ 6.08 *Sentencia de Reclusión por delitos menos graves y leves: Términos Ordinarios*

Una persona que ha sido convicta por un delito menos grave o por delito leve puede ser sentenciada a reclusión por un término definido que será fijado por el Tribunal y que no excederá de un año en el caso de delito menos grave o de treinta días en el caso de delito leve.

§ 6.09 *Sentencia de Reclusión por Delito menos grave y delito leve; Términos prolongados*

1. En los casos señalados en la sección 7.04, una persona que ha sido convicta de un delito menos grave o de un delito leve puede ser sentenciada a un término prolongado de reclusión, como sigue:

a) En el caso de un delito menos grave por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de un año y un máximo que será de tres años;

b) En el caso del delito leve, por un término mínimo que será fijado por el Tribunal en no menos de seis meses y un máximo que será de dos años.

2. No se impondrá una sentencia por un término prolongado, a menos que:

a) El Director de Corrección haya certificado que hay una institución en el Departamento de Corrección, o en el condado, ciudad /u otra subdivisión política del estado apropiado/ que es adecuada para la detención y tratamiento correccional de tales delitos menos graves o leves, y que dicha institución está disponible para recibir esos reclusos; y

3. La /Junta de Libertad Bajo Palabra/ /Administrador de la Junta de Libertad Bajo Palabra/ ha certificado que la Junta de Libertad Bajo Palabra está dispuesta a visitar dicha institución y a asumir responsabilidad por la liberación de dichos reclusos a libertad bajo palabra y por la supervisión de su libertad bajo palabra.

§ 6.10 *Primera liberación de todos los ofensores a Libertad bajo palabra; Sentencia de Reclusión Incluye término separado de libertad bajo palabra, duración del término de libertad bajo palabra, duración del nuevo confinamiento y nueva libertad bajo palabra después de revocación de una anterior; liberación final incondicional*

1. Primera liberación de todos los ofensores a libertad bajo palabra.

Un ofensor sentenciado a un término indefinido de reclusión en exceso de un año bajo las secciones 6.05, 6.06, 6.07, 6.09 ó 7.06 podrá ser liberado condicionalmente a libertad bajo palabra en o antes de la expiración del máximo de dicho término, de conformidad con el artículo 305.

2. Sentencia de reclusión incluye un término separado de libertad bajo palabra; duración del término de la libertad bajo palabra.

Una sentencia a un término indefinido de reclusión en exceso de un año bajo las secciones 6.05, 6.06, 6.07, 6.09 ó 7.06 incluye, como una porción separada de la sentencia, un término de la libertad bajo palabra o de un nuevo encarcelamiento por violación de las condiciones de la libertad bajo palabra, que regula la duración de la libertad bajo palabra o el nuevo encarcelamiento después de la primera liberación condicional por libertad bajo palabra del ofensor. El mínimo de dicho término es un año y el máximo es de cinco años, a menos que la sentencia sea impuesta bajo la sección 6.05 (2) o sección 6.09 en cuyo caso el máximo es de dos años.

3. Duración del nuevo encarcelamiento y nueva libertad bajo palabra después de la revocación de una anterior.

Si un ofensor es nuevamente encarcelado luego de la revocación de su libertad bajo palabra, el término de ulterior reclusión bajo ese recon-

finamiento o cualquier otro subsiguiente de nueva libertad bajo palabra o reconfinamiento bajo la misma sentencia, será fijado por la Junta de Libertad Bajo Palabra, pero no excederá en duración total al balance sin servir del término máximo de la libertad bajo palabra provisto por la subsección (2) de esta sección.

4. Liberación, final incondicional

Cuando el término máximo de su libertad bajo palabra ha expirado o haya antes satisfecho su libertad bajo palabra bajo la sección 305.12, un ofensor habrá cumplido su sentencia y será liberado incondicionalmente.

§ 6.11 Lugar de reclusión

1. Cuando una persona es sentenciada a reclusión por un término indefinido con un máximo en exceso de un año, el Tribunal lo entregará a la custodia del Departamento de Corrección /cualquier otro departamento o agencia/ por el término de su sentencia y hasta que sea liberado de acuerdo con la ley.

2. Cuando una persona es sentenciada a reclusión por un término definido, el Tribunal designará la institución o agencia en la cual será confinado por el término de su sentencia y hasta que sea liberado de acuerdo con la ley.

§ 6.12 Reducción de la Convicción por el Tribunal a un grado menor de delito grave o delito menos grave

Si cuando una persona ha sido convicta por un delito grave, el Tribunal teniendo en cuenta la naturaleza y las circunstancias del delito y el historial y carácter del acusado, estima que sería indebidamente oneroso sentenciar al acusado de acuerdo con el Código, el Tribunal podrá dictar sentencia de convicción por un grado menor de delito grave o por delito menos grave.

§ 6.13 Confinación Civil en Lugar de Procesamiento o de Sentencia

1. Cuando una persona enjuiciada por /un delito grave de tercer grado/ delito menos grave o delito leve es un alcohólico crónico, adicto a narcóticos /o prostituta/ o una persona que sufre de anormalidades mentales y el Tribunal está autorizado por ley para ordenar la reclusión civil de dicha persona a un hospital u otra institución para tratamiento

médico, psiquiátrico u otro rehabilitador, el Tribunal puede ordenar tal reclusión y desestimar el procesamiento.

La orden de reclusión puede ser hecha después de la convicción, en cuyo caso el tribunal puede dejar sin efecto el veredicto o sentencia de convicción y desestimar el procesamiento.

2. El Tribunal no hará una orden bajo la subsección (1) de esta sección (a) menos que estime que contribuirá sustancialmente a la rehabilitación del acusado y no menoscabará la protección pública.

Artículo 7.º
CRITERIOS PARA IMPONER LAS PENAS

§ 7.01 *Criterios para la Suspensión de Sentencia de Reclusión y para otorgar acusado probatoria*

1. El Tribunal podrá pactar con una persona que ha sido convicta de un delito la suspensión de una sentencia de reclusión, a menos que teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del crimen y el historial, carácter y condición del acusado, este sea de la opinión de que su reclusión es necesaria para la protección del público debido a que:

- a) hay un riesgo excesivo de que durante el período de la sentencia suspendida o probatoria el acusado pueda cometer otro delito; o
- b) el acusado está necesitado de Tratamiento Correccional, que será más efectivo o eficaz que su envío a una institución; o
- c) una sentencia menor puede aminorar la seriedad del delito cometido por el acusado.

2. Las siguientes razones o fundamentos no afectarán la discreción del Tribunal, el cual puede inclinarse en favor de la suspensión de sentencia de reclusión.

- a) la conducta delictuosa del acusado no ha causado ni ha sido amenaza de daño serio;
- b) el acusado no contempla que su conducta delictuosa pudo causar o ser amenaza de daño serio;
- c) el acusado actuó bajo una fuerte provocación;
- d) hay un fundamento substancial que tiende a excusar o justificar la conducta delictuosa del acusado, a pesar de que sea insuficiente para establecer una defensa;
- e) la víctima de la conducta delictuosa del acusado indujo o facilitó su comisión;
- f) el acusado ha compensado o desea compensar a la víctima de su conducta delictuosa por los daños o injurias que esta ha sufrido;
- g) el acusado no tiene en su historial previa actividad criminal o delictiva o ha tenido respeto por las leyes por un período de tiempo substancial anterior a la comisión del presente delito;
- h) la conducta delictuosa del acusado fue el resultado de circunstancias poco probables de que se repitan;
- i) el carácter y las actitudes del acusado indican que es improbable que él cometa otro delito;
- j) es particularmente probable que el acusado responda afirmativamente al tratamiento probatorio;

k) la reclusión del acusado implica una penalidad excesiva para él y sus dependientes.

3. Cuando una persona que ha sido convicta de un delito, no es sentenciada a reclusión, el Tribunal podrá otorgarle probatoria si él está en la necesidad de supervisión, orientación, asistencia o dirección que el servicio de probatoria pueda proveer.

§ 7.02 *Criterios para imponer multas*

1. El Tribunal no podrá sentenciar a un acusado a pagar tan sólo una multa, cuando cualquier otra disposición o medida es autorizada por ley, a menos que de la naturaleza y circunstancias del delito y el historial y carácter del acusado, el Tribunal es de la opinión de que la multa sola es suficiente para la protección de la ciudadanía.

2. El Tribunal no podrá sentenciar a un acusado a pagar una multa en adición a la sentencia de reclusión o probatoria a menos que:

a) el acusado ha derivado una ganancia pecuniaria del delito; o

b) el tribunal es de la opinión de que la multa es adoptada especialmente para disuadir del delito envuelto o para la corrección del ofensor.

3. El Tribunal no podrá sentenciar a un acusado a pagar una multa, a menos que:

a) el acusado es o puede ser capaz de pagar la multa; y

b) la multa no desea prevenir al acusado de hacer la restitución o reparación para la víctima del delito.

4. Al determinar la cantidad y método de pago de una multa, el Tribunal deberá tomar en cuenta los recursos monetarios del acusado y la naturaleza del peso del pago que se desea imponer.

§ 7.03 *Criterios para sentencias de reclusión de términos prolongados: Delitos graves*

El Tribunal podrá sentenciar a una persona que ha sido convicta de un delito grave a reclusión por un término prolongado, si encuentra una o más de las razones especificadas en esta sección. La sentencia del Tribunal deberá ser añadida al expediente.

1. El acusado en un ofensor habitual cuyo encarcelamiento por un término prolongado es necesario para la protección pública.

El Tribunal no podrá imponer dicha sentencia a menos que el acusado sea mayor de 21 años de edad y previamente haya sido convicto de dos delitos graves o de un delito grave y dos delitos menos graves, cometidos en diferentes ocasiones cuando él estaba sobre (insertar edad para cortes juveniles) años de edad.

2. El acusado es un delincuente profesional cuyo encarcelamiento por un término prolongado es necesario para la protección pública.

El Tribunal no podrá imponer dicha sentencia a menos que el acusado sea mayor de 21 años y;

a) las circunstancias del delito demuestran que el acusado a sabiendas se ha dedicado por sí mismo a actividades delictivas o criminales como la mayor fuente para su subsistema; o

b) el acusado tiene un ingreso substancial o recursos que no se explica de otra manera que no sean como derivadas de actividades delictivas.

3. El acusado es una persona peligrosa y mentalmente anormal cuyo encarcelamiento por un término prolongado es necesaria para la protección pública.

El Tribunal no podrá imponer una sentencia a menos que el acusado haya sido expuesto a un examen psiquiátrico que resulte en la conclusión que su condición mental es gravemente anormal; que su conducta criminal se ha caracterizado por un patrón de conductas repetitivas o compulsivas o por una conducta agresiva persistente con descuidada indiferencia a las consecuencias; y que dicha condición hace de él un serio peligro para otros.

4. El acusado es un ofensor reincidente cuya criminalidad o delincuencia es tan extensa que una sentencia de reclusión por un término prolongado es necesaria. El Tribunal no podrá imponer dicha sentencia a menos que:

a) el acusado esté siendo sentenciado por dos o más delitos graves o esté ya bajo sentencia de reclusión por un delito grave y la sentencia de reclusión envuelta se lleve o cumpla concurrentemente bajo la sección 7.06; o,

b) el acusado admita en corte abierta la comisión de una o más delitos graves y pregunte si los mismos serán tomados en cuenta cuando él sea sentenciado; y

c) la más larga sentencia de reclusión que sea autorizada para cada uno de los delitos del acusado, incluyendo los delitos admitidos tomados en cuenta, en el evento de imponerse consecutivamente podría exceder en duración el mínimo y el máximo del término impuesto.

§ 7.04 Criterios para la Sentencia de término Prolongado de Confinamiento: Delitos Menos Graves y Leves

El Tribunal puede sentenciar a una persona que ha sido convicta de un delito menos grave o leve a un término prolongado de confinamiento si encuentra uno o más de los fundamentos especificados en esta Sección. El hallazgo del Tribunal deberá ser incorporado en el récord.

1. El acusado es un ofensor habitual, cuyo confinamiento por un término prolongado es necesario para la protección pública.

El Tribunal no hará dicho fallo a menos que el acusado haya sido previamente convicto de dos crímenes, cometidos en diferentes ocasiones, cuando era adulto.

2. El acusado es un criminal profesional cuyo confinamiento por un tiempo prolongado es necesario para la protección pública.

El Tribunal no hará dicho fallo a menos que:

a) las circunstancias del crimen muestran que el acusado se ha dedicado a sabiendas a la actividad criminal como su principal modo de vida; o

b) el acusado tiene medios o recursos substanciales los cuales no se explican que sean derivados de otro medio que no sea la actividad criminal.

3. El acusado es un alcohólico crónico, adicto a narcóticos, prostituta o persona de condición mental anormal que requiere tratamiento rehabilitatorio por un período de tiempo substancial.

El Tribunal no hará dicho fallo a menos que con respecto a la categoría particular a la cual el acusado pertenece, el Director de Corrección haya certificado que hay una institución especializada o facilidad, la cual es satisfactoria para el tratamiento rehabilitatorio de dicha persona y de que sirva de otra forma los requisitos de la Sección 6.09 y Subsección (2).

4. El acusado es un ofensor reincidente cuya criminalidad es tan amplia que una sentencia de confinamiento por un término prolongado está justificada. El Tribunal no hará dicho fallo a menos que:

a) el acusado está siendo sentenciado por un número de delitos menos graves o leves o está actualmente bajo sentencia de confinamiento por crímenes de tales grados, o admite en corte abierta la comisión de uno o más de dichos crímenes y pide que ellos sean tomados en cuenta cuando sea sentenciado; y

b) el máximo de las sentencias de confinamiento por cada uno de los crímenes del acusado, incluyendo los admitidos que fueran tomados en cuenta, si corren consecutivamente, excederá al período máximo del término prolongado impuesto.

§ 7.05 *Convicción anterior en otra Jurisdicción; Definición y Prueba para la Convicción; Sentencia que considere crímenes admitidos impedirá convicciones subsiguientes por dichos crímenes.*

1. Para propósitos del párrafo 1 de la Sección 7.03 ó 7.04 una convicción de la comisión de un crimen en otra jurisdicción constituirá una convicción previa. Dicha convicción será considerada haber sido de un crimen si es sentencia de muerte o confinamiento en exceso de un

año autorizada bajo la ley de otra jurisdicción, o de un delito menos grave si fue autorizada una sentencia de confinamiento en exceso de 30 días pero no más de un año y de un delito menos grave si fue autorizada una sentencia de confinamiento por no más de 30 días.

2. Una adjudicación por un tribunal de jurisdicción competente de que el acusado cometió un crimen constituye una convicción para los propósitos de la Sección 7.03 a 7.05 inclusive, aunque la sentencia o la ejecución de la misma fuera suspendida, siempre que el tiempo para apelar haya terminado y que el acusado no fuera excusado sobre la base, de inocencia.

3. Una convicción anterior puede ser probada mediante cualquier evidencia, incluyendo records de huellas digitales hechos en conexión con el arresto, convicción o confinamiento, que razonablemente convezan al tribunal de que el acusado fue convicto.

4. Cuando el acusado ha solicitado que se tengan en cuenta a la hora de ser sentenciado los crímenes admitidos en el juicio, y el tribunal no haya rechazado dicha petición, la sentencia impedirá el procesamiento o convicción del acusado en este Estado por dichos crímenes admitidos.

§ 7.06 *Sentencias Múltiples. Términos Concurrentes y Consecutivos*

1. Sentencias de confinamiento por más de un crimen.

Cuando sean impuestas sentencias múltiples de confinamiento a un acusado por más de un crimen, incluyendo un crimen por el cual una sentencia suspendida o en probatoria ha sido revocada, dichas sentencias múltiples deberán correr concurrente o consecutivamente, según el Tribunal determine en el momento de la sentencia, excepto que:

a) un término definido y uno indefinido correrán concurrentemente y ambas sentencias serán satisfechas por servicio del término indefinido; y

b) la suma de términos consecutivos definidos no excederá de un año; y

c) la suma de términos consecutivos indefinidos no excederá en más ni en menos al término prolongado mayor permitido por el mayor grado del crimen por el cual alguna de las sentencias fue impuesta; y

d) no será impuesta más que una sentencia por término prolongado.

2. Sentencias de confinamiento impuestas en tiempos diferentes.

Cuando un acusado previamente sentenciado a confinamiento es subsiguientemente sentenciado a otro término por un crimen cometido con anterioridad a dicha sentencia, y que no sea un crimen cometido bajo custodia:

a) las sentencias múltiples impuestas estarán en armonía tanto como sea posible con la Subsección 1 de esta Sección; y

b) mientras el Tribunal determina que el término correrá concurrente o consecutivamente, el acusado será acreditado con el tiempo cumplido en confinamiento de la sentencia anterior al determinarse la suma de término o términos que faltan por cumplir;

c) cuando sea impuesta una nueva sentencia a un prisionero que está bajo palabra, el balance del término bajo palabra de la sentencia anterior se considerará que corre con el período del nuevo confinamiento.

3. Sentencia de confinamiento por un crimen cometido estando bajo palabra.

Cuando un acusado sea sentenciado a confinamiento por un crimen cometido estando bajo palabra en este Estado, dicho término de confinamiento y cualquier período de reconfinamiento que la Junta de Libertad Bajo Palabra pueda exigir al acusado cumplir en base a la revocación de su libertad bajo palabra correrá concurrentemente, a menos que el Tribunal les ordene que se cumplan consecutivamente.

4. Sentencias múltiples de confinamiento en otros casos.

Excepto por lo de otra forma dispuesto en esta Sección, los términos múltiples de confinamiento se cumplirán concurrente o consecutivamente, según el Tribunal determine cuando la segunda o subsiguiente sentencia sea impuesta.

5. Cálculo de los términos concurrentes y consecutivos de confinamiento.

a) Cuando términos indefinidos se cumplan concurrentemente, los términos menores se consolidan y se cumplen con el término mínimo mayor y los términos máximos menores se consolidan y se cumplen con el término máximo mayor.

b) Cuando términos indefinidos corran consecutivamente, los términos mínimos se adicionan hasta la suma de todos los términos mínimos y los términos máximos se adicionan hasta la suma de todos ellos.

c) Cuando un término definido y uno indefinido corren consecutivamente, el período del término definido se suma al mínimo y máximo del término indefinido y ambas sentencias son satisfechas al cumplir el término indefinido.

6. Suspensión de sentencia o probatoria y confinamiento; términos múltiples de suspensión.

Cuando un acusado sea sentenciado por más de una ofensa o un acusado actualmente bajo sentencia sea sentenciado por otra ofensa cometida con anterioridad a la última sentencia:

a) El Tribunal no sentenciará a probatoria a un acusado que esté bajo sentencia de confinamiento (con más de 30 días por cumplir) o impondrá a sentencia de probatoria y una de confinamiento /excepto por lo autorizado en la Sección 6.02 (3) (b)/; y

b) períodos múltiples de suspensión o probatoria se cumplirán concurrentemente desde la fecha de la primera disposición; y

c) cuando una sentencia de confinamiento sea impuesta por un término indefinido, el cumplimiento de dicha sentencia satisfecerá una sentencia suspendida o parte de otra sentencia suspendida anterior o sentencia en probatoria.

d) cuando una sentencia de confinamiento sea impuesta por un término definido, el período de una sentencia suspendida o una sentencia suspendida anterior o una sentencia bajo probatoria se cumplirá durante el período de dicho confinamiento.

7. Ofensas cometidas estando bajo sentencia suspendida o en probatoria.

Cuando un acusado es convicto por una ofensa cometida mientras estaba bajo una sentencia suspendida o en probatoria y dicha suspensión o probatoria no sea revocada:

a) si el acusado es sentenciado a confinamiento por un término indefinido, el cumplimiento de dicha sentencia satisfecerá la sentencia suspendida anterior o sentencia en probatoria; y

b) si el acusado es sentenciado a confinamiento por un término definido, el período de la suspensión o probatoria no se cumplirá durante el período de dicho confinamiento; y

c) si la sentencia es suspendida o el acusado es sentenciado a probatoria, el período de dicha suspensión o probatoria se cumplirán concurrentemente con o consecutivamente con el resto de los períodos anteriores, según el Tribunal determine al tiempo de la sentencia.

§ 7.07 *Procedimientos de sentencia; Informe e investigación de Presentencia; Custodia para examen psiquiátrico; Referir expediente al Departamento de Corrección*

1. El Tribunal no deberá imponer sentencia sin ordenar primero una investigación de presentencia del acusado y otorgar debida consideración al informe escrito sobre tal investigación cuando:

a) el acusado haya resultado convicto de delito grave; o

b) el acusado sea menor de 22 años de edad y haya sido convicto por delito; o

c) el acusado será /puesto en probatoria/ o sentenciado a reclusión por un término prolongado.

2. El tribunal podrá ordenar una investigación pre-sentencia en cualquier otro caso.

3. El informe pre-sentencia deberá incluir un análisis de las circunstancias relacionadas a la comisión del delito, el historial delictivo o criminal del acusado, condición física y mental, situación y antecedentes familiares, nivel económico, educación, ocupación y hábitos personales y cualquiera otra materia que el oficial probatorio considere relevante o el Tribunal ordene que sea incluido.

4. Antes de imponer sentencia, el Tribunal podrá ordenar al acusado a que se someta a observación y examen psiquiátrico por un período que no excederá de 60 días o tan largo como el Tribunal estime necesario a tales fines. El acusado podrá ser remitido para este propósito a cualquier clínica u hospital mental o el Tribunal podrá nombrar un psiquiatra cualificado para realizar tal examen. El informe del examen deberá ser sometido al Tribunal.

5. Antes de imponer sentencia, el Tribunal deberá informar a acusado o su representante sobre el contenido fáctico y las conclusiones de cualquier investigación pre-sentencia o examen psiquiátrico y otorgar una justa oportunidad, si el acusado así lo solicita, para confrontar esta. Las fuentes sobre información confidencial, sin embargo, no necesitan ser reveladas.

6. El Tribunal no deberá imponer sentencia de reclusión por un término prolongado a no ser que la razón para esto haya sido establecido en una vista antes de la convicción del acusado y sobre notificación por escrito a él sobre la razón propuesta. Sujeto a la limitación de la subsección (5) de esta sección, el acusado deberá tener el derecho de oír y confrontar la evidencia en su contra y a ofrecer evidencia sobre el asunto.

7. Si el acusado es sentenciado a reclusión una copia del informe de cualquier investigación pre-sentencia o examen psiquiátrico deberá ser transmitida sin dilación al Departamento de Corrección /u otro departamento estatal o agencia/ o, cuando el acusado sea sometido a la custodia de una institución específica, a tal institución.

§ 7.08 *Internado para observación; sentencia de reclusión por delito grave considerada provisional por un período de un año; Nueva-Sentencia a Petición del Administrador de Corrección*

1. Si después de la investigación pre-sentencia, el tribunal desea información adicional concerniente al ofensor convicto por delito grave o menos grave antes de imponer sentencia, este podrá ordenar que él sea internado, por un período no mayor de 90 días, bajo la custodia de la administración de corrección, o, en el caso de un joven adulto ofensor, a la custodia de la de corrección de jóvenes adultos, para observación y estudio en un centro apropiado para recepción o clasificación. El Departamento y la Junta de Libertad Bajo Palabra, o la División de Adultos Jóvenes de ésta, deberá informar al Tribunal de sus hallazgos y recomendaciones en o antes de expirar el período de 90 días. Si el ofensor es sentenciado a reclusión, el período de tal internado para observación deberá ser descontado del término máximo y del mínimo, si alguno, de tal sentencia.

2. Cuando una persona haya sido sentenciada por convicción de delito grave, ya sea por un período ordinario o prolongado, la sentencia deberá ser considerada provisional, al extremo provisto en esta sección, por el periodo de un año siguiente a la fecha en la que el ofensor es puesto bajo custodia de la Administración de Corrección /o el departamento estatal u agencia/.

3. Si, como resultado del examen y clasificación por el Departamento de Corrección /u otro departamento u agencia estatal/ de una persona bajo sentencia de cárcel por convicción de delito grave, el Comisionado de Corrección /u otro jefe de departamento/ está satisfecho de que la sentencia del Tribunal podría haber sido basada en una equivocación sobre el historial, carácter o condición física o mental del ofensor, el Comisionado, durante el período en el que la sentencia del ofensor es considerada como provisional bajo la subsección (2) de esta sección, deberá radicar en el Tribunal Sentenciador una petición de revisión de sentencia del ofensor. La petición deberá incluir la información del ofensor que sea considerada para ordenar la revisión de sentencia y deberá incluir una recomendación sobre la sentencia a ser impuesta.

4. El Tribunal podrá archivar una petición radicada bajo la subsección (3) de esta sección sin una vista si este considera que la información otorgada es insuficiente para ordenar una reconsideración de la sentencia. Si el Tribunal es de la opinión de que la petición justifica tal reconsideración, una copia de la petición deberá ser puesta a disposición del ofensor, quien tendrá el derecho a ser oído sobre el asunto y a ser representado por un abogado.

5. Cuando el Tribunal conceda una petición radicada bajo la subsección (3) de esta sección, deberá volver a sentenciar al ofensor y podrá imponer cualquier sentencia que pudiese haber sido impuesta originalmente por el delito grave por el cual el acusado resultó convicto. El período de su encarcelamiento previo a la nueva sentencia y cualquier reducción por buena conducta a la cual tenga derecho deberá tenerse en cuenta para la sentencia final.

6. Para todos los propósitos una sentencia de reclusión tiene igual finalidad cuando es impuesta que la que tendría si esta sección no estuviera vigente.

7. Nada en esta sección deberá alterar los remedios provistos por la ley para invalidar o corregir una sentencia ilegal.

§ 7.09 *Crédito por reclusión bajo sentencia; Crédito por Encarcelamiento bajo sentencia anterior por el mismo crimen*

1. Cuando un acusado que sentenciado a reclusión haya sido previamente detenido en cualquier estado o correccional local u otra institución a raíz de su /convicción de/ /arresto por/ el delito por el cual tal

sentencia le fue impuesta, tal período de convicción subsiguiente a su /convicción/ /arresto/ deberá ser deducido del término máximo, y del mínimo, si alguno, de tal sentencia. El funcionario que tenga la custodia de acusado deberá cumplimentar una certificación al Tribunal al momento de la sentencia, mostrando la extensión de tal detención del acusado previa a la sentencia en cualquier correccional estatal o local u otra institución, y el certificado deberá ser añadido al expediente oficial de custodia del acusado.

2. Cuando el juicio de convicción es anulado y una nueva sentencia le es impuesta al acusado como resultado de esto y por el mismo delito, el período de detención y reclusión que hasta el momento haya sido servido deberá ser reducido del término máximo, y del mínimo, si alguno, de la nueva sentencia. El funcionario que tenga la custodia del acusado deberá cumplimentar un certificado al tribunal al momento de la sentencia, mostrando el período de reclusión servido bajo la sentencia original, y el certificado deberá ser añadido al expediente oficial de la nueva custodia del acusado.

Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente

GÜNTER HEINE

Abogado y asesor científico en el Max-Planck-Institut
de Friburgo de Brisgovia

ANALISIS FUNCIONAL Y JURIDICO COMPARADO.
TERMINOS JURIDICOS INDEFINIDOS.
ALCANCE DE LAS AUTORIZACIONES*

Existe una tendencia internacional a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, pese a que los conocimientos empíricos nacionales e internacionales permiten observar su eficiencia todavía con cierto escepticismo. Este artículo trata uno de los problemas básicos del Derecho penal del medio ambiente, campo de tensión entre Derecho penal y administrativo y, partiendo de un proyecto de investigación del Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional, de Freiburg, analiza y compara los modelos jurídicos de accesoriedad administrativa. Sobre esta base, se desarrollan nuevos puntos de vista acerca del efecto legalizador de las autorizaciones concedidas por las autoridades administrativas y se investigan las consecuencias de la tolerancia oficial. En esencia, el autor argumenta en contra de una injerencia drástica en los principios penales garantizados de la libertad y previene contra exageradas expectativas respecto de la inminente reforma del Derecho penal del medio ambiente.

* Traducción del artículo «Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts» publicado en NJW 39 (1990) pp. 2425 a 2434, realizada por Paz M. de la Cuesta Aguado con la colaboración de E. Padrós.

I. Planteamiento de la cuestión

La protección del medio ambiente se ha convertido en una de las principales tareas sociales, estatales e internacionales. En todo el mundo se percibe un fenómeno de expansión del Derecho penal, acompañado por un enorme desarrollo de los instrumentos jurídicos administrativos para la protección de las bases vitales naturales (1), pese a que se puede percibir actualmente en ese mismo ámbito (el Derecho penal) un proceso de retroceso y liberalización. Decisivo para esta *ola de criminalización en el área del medio ambiente* es, de una parte, la experiencia del Derecho penal clásico, que, con la protección de la vida, salud e integridad física y la propiedad, no encuentra respuestas apropiadas a las nuevas formas de amenaza originadas por la civilización técnica. De otra parte, el impacto del efecto propagandístico de espectaculares destrucciones del medio ambiente —para los que la opinión pública requería fuertes sanciones— ha impulsado la actuación del legislador. Sin embargo, se observa cada vez con mayor escepticismo la ampliación del Derecho penal del medio ambiente (2). Este escepticismo se ve, además, fomentado por investigaciones empíricas que constatan, para el caso de la RFA, que el Derecho penal en el ámbito nuclear no cumple la función para la que originariamente fue creado (atentados graves al medio ambiente) mientras que en supuestos de conductas de bagatela da lugar a reacciones exageradas (3). También en el extranjero se ha llegado en muchos casos a estas conclusiones (4). Así mismo, en la práctica parece

(1) Véase HEINE, *ZStW* 101 (1989), pp. 724 y ss.; del mismo *UPR* (1987), pp. 238 y ss.; TIEDEMANN, *Der Kriminalist* 1988, pp. 389 y ss.; del mismo, *Revue de sc. crim. et de droit comparé* (1986), pp. 263 y ss.

(2) Véase BACKES, en *Badwürtt Strafverteidiger e.V.* (ed.), *12 Strafverteidigertag* (1989), pp. 153; HASSEMER, *Neue Kriminalpolitik* (1989), pp. 47 y 49; del mismo, *NSiZ* (1989), pp. 553 y 558; ALBRECHT, *Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1988, pp. 188 y ss.; MATTERN, *Kriminalsoziologische Bibliografie* (1987), p. 41; SCHEERER, *KrimJ.* (1986), ed. especial 1, pp. 133 y ss.; STANGL/STEINERT, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 55, IV (1987); WOLF, *Leviathan*: 1987, p. 365. Véase también, HAMM, *Die Zeit* n.º 44 de 27-10-1989, p. 64.

(3) Véase MEINBERG, *ZStW* 100 (1988), pp. 12 y ss.; RÜTHER, *Ursachen für den Anstieg polizeilich festgestellter Umweltschutzdelikte*, 1986; HEINE/MEINBERG, *Empfehlen sich Änderungen im Strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere, in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?. Informe D para el 57 Deutschen Juristentag* (DJT-Gutachten), Mainz, 1988, pp. D 72 y ss. Además del informe del grupo de trabajo interministerial *Umwelhafung und Umweltstrafrecht* de 19-12-1988, pp. 7 y ss.; crítica el alcance de los resultados empíricos ROGALL, en *Festsch. 600 Jahre Universität Köln*, 1988, pp. 506 y 509; Véase también, TIEDEMANN/KINDHAUSER, *NSiZ* (1988), p. 330.

(4) Para Austria, véase WEGSCHEIDER, *OstJZ* (1989); pp. 641 y ss.; del mismo, *Osterreichisches UmweltstrafR*, 1987, pp. 3 y ss.; para Suiza véase STUMM, *Analyse der strafrechtlichen Judikatur im Gewässerschutz*, 1988; de la misma, *Plädoyer* 6 (1986), p. 11 y HEINE, *GA* (1986), pp. 85 y 86; para Francia, véase: AUBUSSON DE CAVARLAY y otros, *Le Pénal en première ligne ou en dernier ressort, Deviance et control social CES*

que el Derecho penal del medio ambiente está visto más como «un regalo funesto» que como una oportunidad para mejorar la protección del medio ambiente (5). Y el ciudadano sospecha que el Derecho penal del medio ambiente solo cumple una función de aparente protección, mientras en los medios de comunicación aparecen títulos como: «se atrapa a los pequeños y se deja escapar a los grandes» (6).

Además, a la «nueva complejidad» (7) del sentimiento vital en la moderna sociedad de riesgo le corresponde, en la práctica, una situación doctrinal y política semejante. A la multiplicidad de nuevas cuestiones planteadas se contraponen una inaudita cantidad de enrevesadas respuestas que, sin embargo, no ofrecen vías de solución. Por eso a continuación se tratará, en primer lugar, de hacer una relación de los problemas básicos del Derecho penal del medio ambiente, sobre todo, del más importante: el campo de tensión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo (II). En base a esto, se tratarán también cuestiones de particular importancia (III).

II. Problemas básicos; funciones básicas

1. *Los límites de la idoneidad del Derecho penal para la protección del Medio Ambiente*

El Derecho penal clásico de protección de bienes jurídicos, se concentra tradicionalmente en una relación individualizable entre actor y víctima. Sus criterios de atribución, que aquí y ahora proporcionan seguridad jurídica, se han desarrollado sobre este fundamento y para esta función (8). Pero eso, naturalmente, no excluye que se integren nuevas necesidades sociales de protección. No obstante, el Derecho penal se aventura hacia sus límites de idoneidad de protección sólo cuando la víctima se puede identificar por vía de estadísticas ma-

PID (1984), p. 372. Para un análisis de Derecho comparado: HEINE, *ZStW* 101 (1989), pp. 748 y ss.

(5) Véase la contribución al *57 Deutscher Juristentag* por parte de la práctica administrativa en *Deutscher Juristentag* (ed.) Acta de la sesión L 1989. Además en MEINBERG, *ZStW* 100 (1988), pp. 132 y ss.; DIEZ/GNETING, *MschKrim* 72 (1989), pp. 190 y 210 y ss.; WITTKAMPER/WULFNIENHAUSER, *Umweltkriminalität heute und morgen*, 1987.

(6) Véase, por ejemplo, *Badische Zeitung* de 23-9-1988; *Stuttgarter Zeitung* de 1-10-1988, y también SCHUSTER, *DNP* (1989), p. 352.

(7) Véase HABERMAS, *Die neue Unübersichtlichkeit*, 1985.

(8) Véase solamente JESCHECK, *Lehrbuch des Strafr.* 4.^a ed. 1988, pp. 6 y 45 y ss. Algo similar también vale para los principios del proceso penal que han de tenerse en cuenta (véase sobre este tema HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 747; HAMM, *Die Zeit* n.º 44 de 27-10-1989, p. 64).

sivas (por ejemplo Pseudo-Krupp, aumento de las cifras de mortalidad causado por uso pacífico de energía nuclear) cuando se trata de reglamentar un área vital compleja caracterizada por un potencial conflicto importante (ecología-economía) y en el que los correspondientes intereses están altamente organizados o cuando no hay un consenso social sobre el límite de tolerabilidad de un riesgo y cuando las agresiones al medio ambiente ponen en evidencia los riesgos sociales que lleva aparejada la modernización y que, en el fondo, son aceptados como producto del progresivo desarrollo industrial (9).

Una protección penal que se base solamente en la lesión de los bienes jurídicos clásicos, no sirve para captar —o lo hace demasiado tarde— nuevas fuentes de peligro. Y ello es así en parte, porque la relación causa-efecto entre los perjuicios al medio ambiente y lesión de vidas, salud humana o bienes, no ha sido investigada suficientemente, quizá porque todavía no hay resultados seguros. Pero, en todo caso, aún no se conocen bastante las condiciones específicas bajo las cuales el perjuicio medioambiental provoca situaciones lesivas, como para poder extraer conclusiones relevantes para el Derecho penal (10). También por este motivo, el legislador decidió adelantar la protección jurídico penal en relación a los bienes individuales esenciales. De forma que se encontró ante un área primordialmente *ocupada* por el *Derecho administrativo*. Porque en el ámbito de la utilización de los recursos naturales y menoscabo al medio ambiente, durante el breve período de tiempo de las dos últimas décadas, se han dictado una enorme —y muchas veces demasiado compleja— cantidad de leyes para su protección (11). Ello refleja el conflicto, existente en la mente del legislador, entre los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente puro, por un lado, y el derecho a la libertad (de empresa) del contaminador, junto a intereses públicos de desarrollo tecnológico e industrial, por otro (12). En base a estos principios, el Derecho administrativo del medio ambiente muchas veces permite (o por lo menos no prohíbe) comportamientos que pueden ocasionar menoscabo o perjuicio permanentes al medio ambiente; basta, por ejemplo, contemplar la contaminación del Rhin causa-

(9) Véase, por ejemplo, NOLL, *Universitas* 1971, pp. 1021 y ss.; H.J. ALBRECHT, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 55 (1987), p. 2; BECK, *Risikogesellschaft. auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, p. 29; 108, 282, 368; del mismo, *Gegengifte*, 1988, pp. 96 y ss., 192 y ss., 216 y ss.

(10) Véase KLEINE-COSACK, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, 1988, pp. 54 y ss.; MÖHRENSCHLAGER *WuV* (1984), pp. 52 y ss.; MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, pp. 103 y 104.

(11) Para la R.F.A., véase BREUER en V. MÜNCH, *Bes. VerwR.* (1982), pp. 633 y ss.; HOPPE/BECKMANN, *UmweltschutzR.* 1989, pp. 287 y ss.; KLOEPFFER, *UmweltR.* 1989 pp. 22 y ss. Sobre el Derecho administrativo del medio ambiente extranjero, véase KLOEPFFER, en el lugar citado, pp. 339 y ss.

(12) MARTIN, *op. cit.* en nota 10, p. 173. Véase también KLOEPFFER en *op. cit.* nota 11, p. 16 y ss.; WAHL, *DVBl* (1982), pp. 55 y ss.

da por inmisiones diarias legales (13). Del principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la prohibición de contradicciones que se deriva de aquél resulta que el Derecho penal, en ningún caso, puede amenazar con una pena comportamientos que están tolerados explícitamente por dicho ordenamiento (14). De ahí que, incluso desde el punto de vista del derecho comparado, se admite que *para el Derecho penal las consideraciones del ordenamiento jurídico-administrativo sobre daños al medio ambiente son, en gran medida, imprescindibles*. Se pueden distinguir a grandes rasgos, tres modelos con finalidades de protección muy diferentes y que plantean cuestiones distintas: *El Derecho penal (especial) clásico absolutamente dependiente de la administración* (punto A), *el Derecho penal (común) relativamente dependiente de la administración* (punto B) y *finalmente la regulación penal independiente de la administración* (punto C).

2. Relación entre Derecho penal y Derecho administrativo

Diagrama 1 A

Sistema: Derecho Penal *absolutamente* dependiente de la administración (básicamente: Anexo a las leyes administrativas del medio ambiente).

Finalidad de protección:

- Asegurar la ejecución *administrativa*.
- Asegurar el *control* y la supervisión por las autoridades.
- Cumplimiento de los *estándares* jurídico administrativos.

Formas de accesoriedad:

- Incumplimiento de los requerimientos a plazo (por ej. Turquía, Italia hasta 1988).

(13) El legislador admite en la Ley Federal de protección de Inmisiones (parágrafos 1; 3 y 5), que hay influencias en el medio ambiente que «pueden ser molestas, incluso subjetivamente insoportables y, sin embargo, hay que tolerarlas si no se quiere cuestionar la convivencia social de los hombres en general». (FELDHAUS, *DOV* (1974), p. 615. Véase también supra III, 1. b). Para la mayoría, «cuanto más formal...» (cuanto mayor y más compleja es la posibilidad de lesión para la vida y salud, tanto más alta debe ser exigida la exclusión de la posibilidad de emisiones lesivas). Véase en este sentido, *OVG Lünenbutg. GewA* (1975), p. 305. BAYER/NICKLISCH/PILZ/SCHOTTIELIUS/WAGNER, *Risiken technischer Anlagen und ihre rechtliche Bedeutung*, 1981; SELLNER, *Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen*, 1988, 2.^a ed., pp. 21 y ss.; con más argumentos.

(14) Opinión mayoritaria. Véase, por ejemplo: BGH, *MDR* (1975), p. 723; WINKELBAUER, *Zur Vermaltungsakzessorietät des Umweltstrafrecht* 1985, pp. 40 y ss.; TIEDEMANN, *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, 1980, p. 39; KELLER, en *Deutscher Juristentag*, op. cit. nota 5, p. 42 y 43; LECKNER en *Festschr. f. Pfeiffer*, 1988, pp. 27 y ss.; BREUER, *DOV* (1987), pp.177 y ss.; también KLOEPFFER, *NuR* (1987), p. 13 «relative Rechtswidrigkeit».

- Incumplimiento *sólo* del acto administrativo (por ej. Gran Bretaña, Francia).
- Incumplimiento de la obligación de someterse al *control* de la autoridad (por ej. Bélgica, Francia).

Diagrama 2 B

Sistema: Derecho penal *relativamente* dependiente de la administración (básicamente: Código Penal).

Finalidad de protección:

- Protección de bienes específicos del *medio ambiente*.
- Protección de la *vida/salud* humana frente a peligros.

Formas de accesoriadad:

- «No autorizado»/sin autorización (por ejemplo, RFA, Suecia).
- Incumplimiento del acto administrativo (por ejemplo, RFA, Dinamarca).
- Incumplimiento de la obligación *legal* administrativa (por ejemplo, Austria, Yugoslavia, España, Cuba).

Diagrama 3 C

Sistema: Normas penales absolutamente independientes de la administración (Código Penal).

Finalidad de protección:

- Peligro general, puesta en peligro concreta de vida y cuerpo.

Formas de accesoriadad:

- *No hay* dependencia del Derecho administrativo.
- Perjuicio del medio ambiente y peligro general (Polonia).
- Emisión de sustancias peligrosas y peligro concreto para la salud (Dinamarca, Portugal, Holanda, India).
- Liberación de venenos y peligro grave para la salud (RFA).

A.— Con el *Derecho penal absolutamente dependiente de la administración* (modelo A-diagrama 1) se pretende, en primer lugar garantizar jurídico-penalmente el cumplimiento de las decisiones jurídico-administrativas. No se trata tanto de respaldar las disposiciones legales del Derecho administrativo, como de reforzar la ejecución practicada.

En la línea 1; por ejemplo (incumplimiento de requerimientos con término), todavía no es punible la contravención de la licencia administrativa. Se precisa previamente otro requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente. Sólo la infracción repetida es punible.

En este supuesto el Derecho penal no solamente se retrae, sino que también se subordina completamente a la función y objetivos del Derecho administrativo. Esto puede parecer congruente en estados, como Gran Bretaña, donde apenas hay medios coercitivos administrativos. Tampoco hay que ignorar que esta subordinación absoluta del Derecho penal a la actuación administrativa sintoniza con el *cambio* parcial del Estado que da normas al Estado negociador: especialmente en el Derecho del medio ambiente hay una (problemática) tendencia internacional a delegar el poder de decisión del parlamento en la administración u organismos no estatales (expertos). Ello trae consigo que, finalmente, se vayan reemplazando las órdenes unilaterales del Estado por un proceso negociador (*bargaining*). Esta característica del principio jurídico-administrativo de cooperación puede tener como consecuencia que la autorización formal sea negociada de antemano por grupos de intereses poderosos (industriales) y se convierta en una especie de «acto de verificación notarial» (15).

Esta flexibilidad estructural del Derecho administrativo requiere, naturalmente, un Derecho penal que se adapte totalmente a estos perfiles informales de ejecución (renglón 1 y 2) o que garantice la libertad de actuación de la administración y sólo sancione la evasión de la actividad de control de las autoridades (renglón 3). Estos principios ya no tienen mucho que ver (16) con la finalidad original del Derecho penal (común) de garantizar por medio de tipos penales límites imperativos que marcan el punto a partir del cual ya no son aceptables lesiones de bienes jurídicos y de confirmación de valores (17).

b) Por eso el *Derecho penal relativamente accesorio* del Derecho administrativo (Sistema B / diagrama 2) se guía por la exigencia de destacar ciertos bienes del medio ambiente, —tales como agua, aire y suelo— como especialmente dignos de tutela; entre otras razones, con la intención de agudizar la consciencia del ciudadano hacia la nocividad

(15) BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, 1981, p. 57. Véase también, KLOEPFER, *op. cit.* nota 11, pp. 199 y 200; WOLF, *Leviathan* 1987, p. 364; LÜBBE/WOLF, *NuR* (1989), p. 295; HERMES/WIELAND, *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, 1988, p. 47, inciden sobre el tema.

(16) Y eso sin tener en cuenta cuestiones jurídico constitucionales como, por ejemplo, separación de poderes o igualdad (Véase sobre esta cuestión, por ejemplo, *BVertGE* 75, pp. 329 y ss.). En base a eso, en Gran Bretaña hay propuestas para reducir el Derecho penal a un área central, teniendo en cuenta la inflación de la «*regulation offences*». Véase *Justice, British Section of the International Commission of Jurist* (ed). *Breaking the rules, the problem of crimes and contraventions*, 1980.

(17) Véase por ejemplo, JESCHECK, *op. cit.* nota 8, pp. 6, 231 y ss.; RUDOLPHI en *SKStGB*, comentario previo al parágrafo 1, números marginales 3 y ss.; ESER, en MARKL (ed.) *Natur und Geschichte*, 1983, p. 386; TRIFFTERER en ULSAMER (ed.), *Lexikon des Rechts. Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 1989 p. 908. Véase también BAUMANN, *ZfW* (1973), p. 66 «zu den historischen Parallelen des *RStGB 1871* («*Pervertierung des Strafrechts zu einem Instrument der allgemeinen Verwaltung*)»).

social de los atentados ecológicos. No basta la mera desobediencia administrativa, o sea, la contravención del ordenamiento jurídico-penal — sin tener en cuenta sus efectos ecológicos— sino que se requieren acciones con consecuencias que (por lo menos potencialmente) puedan perjudicar la medio ambiente. Así, el Derecho penal alemán prohíbe, por ejemplo, la contaminación del agua y sanciona la contaminación atmosférica, si ello es idóneo para lesionar la salud de las personas (18). Y en Suiza, por su parte, la contaminación del agua, aire y suelo se incrementa sólo cuando puede aparecer un peligro abstracto para la salud. Sin embargo, el Derecho penal tampoco puede olvidarse del ordenamiento jurídico-administrativo del medio ambiente. Así, las respectivas autoridades administrativas en la materia pueden permitir acciones perjudiciales para éste, en forma de emisiones o inmisiones, con lo cual este comportamiento estará jurídico-penalmente permitido (línea 1) (19). Pero las normas penales requieren, en parte, una orden anterior especial de la autoridad: sólo si se contravino una prohibición jurídico-administrativa de este tipo (y como consecuencia se causó el menoscabo medio ambiental) reacciona el Derecho penal (línea 2).

De esta forma, se garantiza una coordinación no contradictoria de las decisiones del Derecho administrativo con el Derecho penal. Pero también se adoptan estructuras básicas ajenas a éste, lo que tiene consecuencias de largo alcance: el acentuado consenso de la ejecución administrativa, orientada tendencialmente a la negociación y, su «*Soft-Law*», representado por los principios de proporcionalidad, tolerancia, etc., debilita —por estar inserto en él— a un ordenamiento penal que es de aplicación obligatoria como «pilar del orden de valores de la sociedad». Esto se constata cuando la administración actúa informalmente en vez de emitir los correspondientes actos administrativos necesarios (20) o cuando, emitiéndolos, no presentan puntos de referencia idóneos para el Derecho penal (por ejemplo, valores de control poco claros, valores de promedio anual o similares) (21). Todo esto puede tener como consecuencia que las normas penales del medio ambiente queden sin aplicación. A ello se une un «poder de selección» considerable en manos de la administración a través de la

(18) Véase párrafos 324, 325 del Código Penal alemán; capítulo 13, párrafo 8 a) del Código Penal Suizo.

(19) Para estas cuestiones, véase supra III.

(20) Como aclaración hay que indicar que, en este sentido, no se efectúa una evaluación de la eficiencia general de actuación administrativa formal o informal. Asimismo hay que tener en cuenta que el Derecho medioambiental de una sociedad de riesgo necesariamente tiene que ser en cierta medida dinámico y abierto.

(21) Así, por ejemplo, FRANZHEIM, *NSIZ* (1987), p. 437; SAMSON, *ZfW* (1988), p. 201; PÄPIER, *Gewässerverunreinigung, Grenzwertfestsetzung und Stratbarkeit*, 1984, p. 29, 47. Así mismo, SALWEDEL, en *DJT-Sitzungsbericht*, p. L. 137; HANSMANN en *DJT-Sitzungsbericht* p. L. 165.

selección de denuncias (22). A este respecto parece que, en principio, se traspasan a la fiscalía los casos menos graves, o sea irregularidades de poca duración o ya eliminadas; mientras que, en los casos de perjuicios graves del medio ambiente, la administración intenta llegar por medio de negociaciones a soluciones aceptables a largo plazo (23).

Este posible déficit de eficiencia por la dependencia de la actuación administrativa, se puede reducir, en ciertos supuestos, si complementariamente se remite a *obligaciones legales* (en vez de hacerlo únicamente a actos administrativos), como es el caso, por ejemplo, de Austria, Yugoslavia y España (línea 3). Una conexión de esta índole, que representa una limitación de alto nivel, podría asegurar que no cese necesariamente la protección penal cuando falte la actuación de la autoridad administrativa correspondiente. También quedaría aclarado legalmente que una situación jurídica otorgada por una autorización no es absoluta (24). Pero, para ello, sería imprescindible que se pudiera disponer de un número suficiente de requisitos legalmente determinados en las leyes administrativas, aunque esto, por el momento, sólo será posible dentro de un ámbito restringido, teniendo en cuenta las múltiples variedades de configuración de las circunstancias (25).

c) Hasta ahora hemos tratado una faceta: la responsabilidad jurídico-administrativa de determinación del equilibrio entre intereses contrapuestos, determinación que tiene que ser respetada por el Derecho penal. No obstante, el Derecho penal es *totalmente independiente del Derecho administrativo* cuando se trata de irregularidades especialmente graves que, naturalmente, no pueden consentirse en ningún caso. Pero este límite puede ser muy diferente, de acuerdo con la variedad e importancia de los intereses, el estado de los conocimientos de las ciencias naturales (26) y la evaluación de riesgos. Observemos, por ejemplo, las

(22) En la RFA, aproximadamente la cuarta parte de los juicios penales del medio ambiente se incoan a iniciativa de la administración. Véase MEINBERG, *ZStW* 100 (1989), pp. 128 y ss.

(23) MEINBERG, *ZStW* 100 (1984), p. 132; DIEZ/GNEITING, *MSchKrim.* 72 (1989) p. 199; RÜTHER, *op. cit.* en nota 3, p. 179. Sobre la aparición de estrategias similares en el extranjero, véase HEINE, *ZStW* 101 (1989) p. 750.

(24) Sobre esto, véase también supra III.

(25) En Austria, por ejemplo, existe el parágrafo 33 de la Ley del Derecho de aguas, (WRG): Según esta ley, el poseedor de una autorización tiene que aplicar medidas de protección del medio ambiente cuando nota que las condiciones de emisión fijadas por la autoridad para mantener la pureza del agua, no alcanzan a tal fin. Véase también, parágrafo 31 WRG. Con mayor profundidad, véase SCHRÖFL, *Handkomm. zum Umweltschutzrecht*, 1989, pp. 335 y ss.; que indica que estas obligaciones de largo alcance en muchos círculos todavía son totalmente desconocidas. Véase en el mismo sentido también PEZNEK, *Umweltstrafrecht*, 1989, pp. 41 y ss.

(26) Según HAPKE, *ZfV* (1980), p. 640, estas incertidumbres con las que está confrontada la toxicología del medio ambiente, semejan al intento de «cazar un gato negro en un cuarto oscuro del que no se sabe si realmente está ahí».

discusiones sobre los valores-límite. Estos estándares no evitan riesgos mortales latentes para la población; en definitiva, no son más que decisiones técnicamente disfrazadas sobre riesgos producidos socialmente adecuados y todavía tolerables —y, por eso, posteriormente son modificables en el proceso de armonización— (27).

En el derecho comparado se reconocen algunos supuestos de prohibiciones con consecuencias penales independientes de la determinación efectuada por la administración, cuando el menoscabo del medio ambiente haya causado un peligro general para la población (diagrama 3). Esta situación se repite también, una vez traspasado el peligro general, para el peligro concreto a la vida y salud de las personas. Pero, en parte, incluso estos supuestos peligrosos están en dependencia del Derecho administrativo y así aparecen como permitidos (por ejemplo, en Holanda, RDA y Yugoslavia) (28). En la RFA, los peligros graves derivados de la liberación de venenos fueron criminalizados con independencia de la actuación administrativa, pero se pensó que el límite, al que no puede llegar ninguna autorización, se tiene que situar solamente a partir del momento en que se produzcan «graves lesiones corporales» (parágrafo 330 a Código Penal alemán) (29).

Pero, aunque la criminalización de las «cumbres de lo injusto» excluye la problemática jurídico administrativa, tiene una *grave debilidad*: la dificultad para constatar la relación entre el menoscabo al medio ambiente y el peligro concreto, ya que, muchas veces, se trata de efectos acumulados y concurrentes de emisiones e inmisiones, que, incluso, pueden transgredir las fronteras nacionales; por otra parte en las ciencias de la naturaleza las relaciones causa-efecto, todavía no están en este ámbito suficientemente investigadas (30). Probablemente por este motivo los delitos de peligro, en la práctica —también en el derecho comparado—, quedan sin aplicación: en la RFA hubo 9 condenas en 1987 en aplicación del parágrafo 330 a Código Penal alemán; en Polonia, en supuestos comparables, cinco; en Suecia, durante 6 años, solamente

(27) Véase JARASS, *NJW* (1987), p. 1126; SALZWEDEL, *NVwZ* (1987), p. 277. Así mismo, MARTIN, *op. cit.* nota 10, p. 163 y WOLF, *Leviathan*, 1987, pp. 374 y ss.

(28) Para el caso holandés, véase HEINE/WALING, *JR* (1989), p. 405. Además véase HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 734. En este contexto, véase también SCHMOLLER y BURGSTALLER en LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 937 y ss.

(29) BT-Dr 8/2382, p. 25. Crítico, BOTTKE, *JuS* (1980), p. 541, quien considera lesivo el principio del riesgo permitido. Según HORN en *SKStGB* parágrafo 330.a, número marginal 9, una autorización de la autoridad administrativa debe tener principalmente efecto justificatorio. Con la opinión mayoritaria: CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, parágrafo 330.a, número marginal 8; STEINDORF, en *LK*, párrafo 330, número marginal 14. De lege ferenda a favor de una disminución del umbral de peligrosidad del informe *DJT*, *op. cit.* nota 3, p. D 142.

(30) Véase por ejemplo, *Umweltgutachten* 1987, BT-Dr 11/1568, p. 30.

uno y en Japón, durante quince años, se dictaron un total de cuatro condenas (31).

3. Tipos normativos abiertos

El deseo de proteger el medio ambiente a través de una instrumentación jurídico penal condicionada por una orientación ecológica, como, por ejemplo, ocurre en la RFA, Austria, España y Suecia, requiere necesariamente *tipos normativos abiertos, no definidos*. Esto se debe a varias razones: aunque sólo se pueden asegurar los fundamentos vitales naturales por medio de una política ecológica a largo plazo, el Derecho penal del medio ambiente tiene que estar programado para asumir una cierta reversibilidad. Las normas medio ambientales hoy ya no son imaginables como «una obra para siglos»; ni los valores-límite ni las autorizaciones estatales que afectan al medio ambiente pueden tener validez para siempre (32). Si el derecho no quiere derrumbarse bajo el alud de la detección de nuevas sustancias nocivas y riesgos excesivos y los matices de valores sociales, tiene que intentar canalizar estos procesos. Lo que late es un *derecho limitado en el tiempo* (33).

(31) Fuente; *Strafverfolgungsstatistik* 1987, p. 120, así como HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 749, nota 52.

(32) Por eso en las leyes administrativas del medio ambiente se preven (de diferentes formas, por supuesto) límites de plazos, disposiciones posteriores, posibilidades de oposición y obligaciones dinámicas básicas para el explotador (véase sumariamente, KLÖPHER, *op. cit.* nota 11, pp. 431 y ss. y 628 ss.; así como por ejemplo, SELLNER, *op. cit.* nota 13, pp. 251 ss.; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMER, *Gewerbeordnung* tomo III, *Umweltrecht*, 1989, parágrafo 3BImSchG, número marginal 15. Pero, véase también, PAPIER en *Jb. des Umwelt-und Technikrechts*, 1987, pp. 3 y ss. En el sentido del texto se considera también, desde el punto de vista de la validez de las autorizaciones, que la protección de la propiedad expresada en el artículo 14 de la Ley Fundamental (de Bonn) no puede permitir el derecho a contaminar el medio ambiente en un período ilimitado (véase *BVerfGE* 58, pp. 327 y ss.; BENDER/SPARWASSER, *Umweltrecht* 1988, p. 195; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMER, *Gewerbeordnung*, tomo III, 1989, comentario previo a parágrafo 4 *BImSchG*, Número marginal 26; SCHENKE, *NuR* (1989), p. 11 SENDLER, *UPR* (1983), pp. 44 y ss., con más argumentos). Consecuentemente, en el Derecho medioambiental no existe (como en el Derecho de la construcción) un axioma, según el cual una posición jurídica y/o disfrutada sigue siendo válida a pesar de los cambios jurídicos (véase *BVerwGE* 65, p. 317; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* nota 11, p. 145, con más argumentos). Por contra el parágrafo 26 *PreuaGewO* del 17-1-1845 concedía el derecho material a explotar una instalación por un período ilimitado (véase FELDHAUS, *WiVerw* (1986), pp. 68 y ss.).

(33) Véase también WOLF, *Leviathan* 1987, p. 387; LADEUR, *ZfU* (1987), p. 211; BECK, *Risikogesellschaft*, *op. cit.* nota 9, pp. 29 y ss. y 40 y ss.; Véase también, desde el punto de vista de la validez de la posición jurídica, DOLDE, *NVwZ* (1986), p. 847; FELDHAUS, *WiVerw* (1986), pp. 67 y ss.; SCHRÖDER, *UPR*, (1986), p. 133.

También por eso el Derecho penal tiene que acoger tipos que son tendencialmente abiertos y posibilitan así la adaptación de la norma a los cambios sociales y técnicos sin tener que realizar intervenciones legislativas constantes en el Código Penal (34). Esto se logra mediante la conexión de disposiciones penales y administrativas y con la atribución al Derecho administrativo, de forma innovadora (y también independientemente de la ejecución), de reservas sobre conceptos jurídicos indeterminados, modificaciones de prescripciones, pautas y similares, o modificación de márgenes de valoración (35).

Además, se reconocen como bienes jurídicos dignos de protección jurídico-penal elementos medioambientales, como agua, aire, y suelo. Esta entronización de la ecología es necesaria, por una parte, en aras a una protección jurídica más eficiente y para destacar sus valores específicos (36), pero, por otra, no hay que olvidar que estos bienes jurídicos colectivos están abiertos a interpretaciones muy variadas. Por ejemplo, se puede considerar como punible la contaminación de un acuífero cuando hay una inmisión de sustancias nocivas, sin tener en cuenta su cantidad (OLG Stuttgart) (37), es decir, se desiste de la exigencia de un efecto negativo para el agua.

Así se facilita enormemente la atribución de las inmisiones al ordenamiento penal. Pero también nos subordinamos a un principio político jurídicamente dudoso, cual es el de que «las contaminaciones, como manifestaciones masivas, tienen que ser combatidas por medio del Derecho penal en cada caso particular» (38) y se imposibilita la delimitación de la responsabilidad, especialmente en el ámbito de la criminalidad cotidiana. Por eso, se intentó en diversas ocasiones, lograr más claridad jurídica (y un umbral de punibilidad más alto) por medio de conceptos como «una contaminación de larga duración económicamente injustificable», o un «menoscabo grave del medio ambiente» o «un perjuicio que puede ser eliminado sólo con relativas dificultades o a largo plazo» (39). Más, ¿quién puede decir, en estos supuestos, cuando se han cumplido todos los requisitos?

(34) En este sentido H.J. ALBRECHT/HEINE/MEINBERG, *ZStW* 96 (1984), p. 950; H. J. ALBRECHT, *Kriminalsoziologische Bibliografie* 55 (1987), pp. 4 y ss.

(35) Con la opinión mayoritaria, véanse WAHL, *DVBf* (1982), pp. 51 y ss.; KLOEPFER, *op. cit.* nota 11, pp. 55 y ss. y 122. También, MARTIN, *op. cit.* nota 10, pp. 154 y ss.

(36) Para la opinión mayoritaria, véase primero ESER, en MARKL, *op. cit.* nota 16, p. 378, así como las fuentes en el informe *DJT*, *op. cit.* nota 3, pp. D 31 y ss. En contra, por ejemplo minuciosamente, PAPIER, *NuR* (1986), p. 2. En contra de éste, por ejemplo, ROGALL, *op. cit.* nota 3, pp. 509 y ss. («... pertenece a los graves errores de la doctrina del Derecho penal del medio ambiente»).

(37) OLG Stuttgart, *ZfW* (1977), p. 179. Véase también, TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, 1980, p. 20.

(38) *SchewizBG*, BGE 104, IV, p. 45. HEINE, *ZStW* 101 (1989), p. 739, con nota 32.

(39) Véase parágrafo 180 II Código Penal austríaco, parágrafo 74, n.º 9 Proyecto *Wegscheider*, *op. cit.* nota 4, 1980, p. 20.

Esta comprobación provocó, desde el punto de vista (entre otros) de la *exigencia constitucional de determinación*, duras críticas centradas en la conexión del Derecho penal con disposiciones administrativas (40). Pero los Tribunales Supremos (Constitucionales) de los Estados Unidos, Italia y RFA, en principio aceptan esta técnica legal (41). Estos Tribunales están generalmente de acuerdo en que los obstáculos constitucionales no se deben colocar demasiado altos (42), aunque el Derecho Constitucional frecuentemente requiere que el propio legislador (y no la judicatura o el poder ejecutivo) decida de forma abstracta y general sobre la punibilidad, para que el ciudadano, según esta regulación legal, pueda prever si su comportamiento es punible o no. De otra forma, las leyes resultarían demasiado rígidas y casuísticas y sería imposible la necesaria adaptación al desarrollo y rápidos avances de las ciencias naturales y de la técnica. Además, teniendo en cuenta las amenazas que penden sobre valores ecológicos, la creación de leyes relativamente indefinidas en el área de la protección del medio ambiente se basa en la responsabilidad del Estado de garantizar la indemnidad de la población, tal como recoge el parágrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn (43).

No obstante, en el Derecho penal la cuestión sigue siendo problemática. Un interrogante central es si, y hasta qué punto, los que están subordinados a las leyes deben conocer toda la regulación jurídico administrativa que complementa la norma penal. Y esto no tiene por qué ser evidente ya que, a menudo, las leyes penales remiten globalmente a las disposiciones administrativas que fueron creadas «para la protección frente a incidencias negativas para el medio ambiente» (44). La Jurisprudencia, en este caso, es muy generosa cuando afirma que el ordenamiento jurídico presupone, por el círculo de destinatarios, un conocimiento elevado de las obligaciones. Eso se puede esperar, por ejemplo, de ex-

(40) Véanse los argumentos críticos en WINKELBAUER, *op. cit.* nota 14, pp. 29 y ss. Además KÜHL, en *Festschr. für Lackner*, 1987, pp. 828 y ss., y ejemplarizando AG *Nördlingen*, *NSiZ* (1987), p. 317; comentario de MEINBERG, Para el extranjero véase, por ejemplo, HEINE/CATENACCI, *ZStW* 101 (1989), pp. 78 y ss.

(41) Véase para la RFA *BVerfGE* 75, p. 329 y ss.; para Italia, *Corte Cost.* de 12-3-1975, *Giur. Cost* (1975), p. 714; para EE.UU., U.S. de *Kennecott Copper Corp.* 523 F. 2d 821 (1975).

(42) Según KUNZ, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, 1984, p. 94, el legislador efectivamente se ha dispensado del requerimiento de determinación en el Derecho penal.

(43) Así: KÜHL en *Festschr. f. Lackner* 1987, p. 839. Más detalladamente, HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Satz 1 G.G.*, 1987, *passim*. Véase también *BVerfGE* 49, pp. 89 y ss., 53, 30 y ss.

(44) Véase, por ejemplo, parágrafo 330.I n.º 2 del C.P. alemán. Desde un punto de vista *ius comparatista* PRABHU, *Protection against chemical hazards*, Ottawa, 1988.

plotadores de instalaciones peligrosas —teniendo en cuenta la incidencia de la discusión ecológica en el público y los posibles efectos en los seres humanos y en el medio ambiente de las emisiones resultantes de sus instalaciones—. Así ocurre en la RFA, en Suiza y en los EEUU (45). Y en Austria recientemente se ha establecido legalmente que los peligros para el medio ambiente pueden ser punibles cuando el autor no conocía la disposición jurídico-administrativa correspondiente, pero la debería conocer «según su profesión, su ocupación o sus circunstancias» (46). Ficciones de este tipo —que, en realidad, son ajenas al Derecho penal basado en la culpabilidad— son, evidentemente, el precio que hay que pagar por la protección del medio ambiente. En otros países, como por ejemplo Suecia y Bélgica (47), las exigencias del Derecho penal del medio ambiente referentes al conocimiento de disposiciones administrativas, son comparativamente altas. Pero en la práctica se arbitraron, con gran esfuerzo, vías muy efectivas para la solución de estas cuestiones: por medio de cartas, se informa a todas las empresas de sus obligaciones jurídico-administrativas. Así, no sólo se evita la objeción de que la situación jurídica era incomprensible, sino también se mejora individualmente la seguridad y claridad jurídica.

III. Cuestiones particulares sobre la tensión Derecho penal-administrativo

La accesoriadad administrativa del Derecho penal condujo en la República Federal Alemana, especialmente en la doctrina, a plantearse gran cantidad de cuestiones concretas, que pronto preocuparon también a los tribunales (48). En esencia, se trata del grado de conexión del Derecho penal con el Derecho administrativo (1) y los efectos de la tolerancia de la autoridad (2) (49).

(45) Véase *BVerfGE* 75, pp. 343 y 345, *BGE* 104, IV. p. 46; U.S. v. International Minerals and Chemicals Corp. 402 U.S. 565 (1971).

(46) Parágrafo 183. a) del Código penal austriaco.

(47) AG Oftersund, Dom Brottmal 143/82.

(48) Véase por ejemplo, DREHER/TRÜNDLE, *Código Penal Alemán*, 1985, 42.^a ed., comentario previo, parágrafo 324 número marginal 47; LACKNER, 16.^a ed., (1985), comentario previo al parágrafo 324, número marginal número marginal 1.b.b.b; WINKELBAUER, *op. cit.* nota 14, pp. 12 y ss.; TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, pp. 27 y ss.; TRIFFTERER, *UmweltrafR*, 1980, pp. 96 y ss.; y en *StA Mannheim, NJW* (1976), 586. Recientemente, OLG Frankfurt, *NJW* (1988), p. 571; así mismo KELLER en *Festschr. f. Rebmann*, 1989, pp. 241 y ss. y RENGIER, *ZStW* 101 (1989), 874 y ss.

(49) En los siguientes puntos se abordan a algunas consideraciones que me parecen básicas; hay que aceptar que no se pueden tratar todas las opiniones existentes ni las especialidades particulares de los tipos.

1. Extensión y alcance de la conexión del Derecho penal

a) Los conflictos pueden aparecer, especialmente, en supuestos de actuación administrativa *errónea o por lo menos atípica*, como por ejemplo, en casos como el *del Tribunal Superior de Hanau* (50), donde se concedieron autorizaciones parciales irregulares para la explotación de instalaciones de tecnología nuclear. La cuestión es si estas autorizaciones evitan la imposición de una pena. La situación jurídica es unívoca cuando, como en el caso de *Turquía* (51), sólo es punible el incumplimiento de un permiso conforme a derecho dado por la autoridad. Por contra, en la RFA, hay posiciones muy contradictorias sobre este tema que, en el fondo, son consecuencia de graves diferencias en las concepciones político-criminales fundamentales.

Según el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, desde el punto de vista *jurídico constitucional*, no hay conexión obligatoria (52). Pero la opinión general en el Derecho penal admite la formulación tradicional del Derecho administrativo que dice que incluso los actos administrativos ilegales tienen eficacia hasta su eventual anulación (53). Sólo los actos administrativos ineficaces, o sea, los que tienen graves deficiencias, como por ejemplo las órdenes contrarias a los tipos penales, son considerados nulos (incluso jurídico-penalmente) (54).

Pero sería «altamente insatisfactorio» que un sujeto, que obtuvo autorización para realizar emisiones de sustancias nocivas por medio de *engaño, amenazas o colaboración colusiva* con una autoridad del medio ambiente, pudiera ampararse en la autorización obtenida y, así, seguir contaminado impunemente el ambiente (hasta que el acto administrativo sea invalidado por el Derecho administrativo) (55). Una problemática

(50) L. G. HANAU, *NJW* (1988), p. 571, KELLER, en *Festschr F. Rebmann*, 1989, pp. 244 y ss.; véase también HEINE en MEINBERG/MÖHRENSCHLAGER/LINK (ed.) *UmweltstrafR*, 1989, pp. 116 y ss.; críticos, DOLDE, *NJW* (1988), pp. 2329 y ss.; HORN, *NJW* (1988), pp. 2335 y ss.; WINKELBAUER, *JuS* (1988), pp. 691 y ss.; TRÖNDLE, con LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 939.

(51) Artículo 526 Código Penal turco.

(52) *BVerfGE* 75, p. 346. Véase también KÜHL, en *Festschr. f. Lackner*, pp. 817 y ss.; SCHÜNEMANN, *wistra* (1986), p. 239; RUDOLPHI, en LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 936.

(53) Véase la recopilación en LENCKNER en *Festschr. f. Pfeiffer*, p. 28, nota pie de página 6 y en *DJT Gutachten*, p. D 49. En contra opina SCHALL, *NJW* (1990), p. 1267 con más argumentos.

(54) Pero, por supuesto, es discutible cuando tenemos un caso de nulidad: a favor de un examen jurídico penal autónomo de nulidad se pronuncia SCHÜNEMANN, *wistra* (1986), p. 239 y recientemente RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 897 y ss.

(55) RUDOLPHI, *ZfW* (1982), p. 203 (opinión mayoritaria). Véase, por ejemplo, en un pronunciamiento del *BGH* arriba mencionado, en TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, p. 61; *StA MANNHEIM*, *NJW* (1976), p. 586, OLG Celle, *NdsRpfl.* (1986), p. 218; L. G. HANAU, *NJW* (1988), p. 576, además CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, Código Penal alemán, comentario previo a los parágrafos 324 y ss. número marginal. 17; DÖLLING, *JZ* (1985), p. 469; PAPIER,

ca similar se puede presentar con *autorizaciones manifiestamente anticuadas*. Y se considera especialmente inadmisibles que el Derecho penal no pueda intervenir en casos en los que la emisión causa *lesiones* (a pesar de no exceder de los valores límites dados por la autoridad) (56). La necesidad de punición en estos casos parece que contradice el principio de unidad del ordenamiento jurídico, según el cual nada puede ser anti-jurídico desde el punto de vista penal, si está permitido por otras ramas del ordenamiento jurídico. Se trata de escapar de este conflicto evitando el recurso a este tipo de posiciones jurídicas (consideradas formales) por medio del concepto de abuso de derecho (57) o aceptando una amplia gama de causas de nulidad como ancla de salvación jurídico penal (58).

NuR (1986), p. 4. Véase también por ejemplo *SPD-Fraktion*, «*Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität vom 14-2-1990*», *BT-Dr* 11/6449, p. 65.

(56) Véase RUDOLPHI, en *Festschr. f. Lackner* (1987), pp. 881 y ss.; TIEDEMANN, *op. cit.* en nota 14, p. 27; KELLER, *DJT-Sitzungsbericht*, p. L 19. *De lege ferenda*, el proyecto de la SPD del 14-2-1990: parágrafo: 330 II Nr. 2 como prescripción especial que reglamenta casos de utilización abusiva de autorizaciones.

(57) Véase nota 55. Últimamente, en base al principio de la legalidad del artículo 103 II *Ley Fundamental* (de Bonn), se defiende masivamente la posibilidad de permitir este «manejo» sólo en el ámbito de la antijuridicidad y no en el de la tipicidad: detalladamente, LENCKNER en *Festschr. f. Pfeiffer*, 1988, pp. 32 y ss.; WINKELBAUER, *NSz* (1988), pp. 201 y ss.; del mismo, *DOV* (1988), p. 726; les sigue BREUER, *NJW* (1988), p. 2080; TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NSz* (1988), p. 344. Más allá va RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 888, que considera iguales la autorización justificante y la que excluye la aplicación de un tipo y declina considerarlas antijurídicas. RENGIER recurre a argumentos sistemáticos para justificar que el legislador ha reconocido la problemática y acepta sus consecuencias (p. 887); véase también SAMSON, en *SKStGB*, comentario previo número 61 al parágrafo 32, pero olvida que los ejemplos legales que aporta (correspondientes a estándares internacionales), básicamente, sólo constituyen (retrospectivamente) acciones desaprobadas por la autorización, pero no tratan la cuestión (de fondo) de qué sucedería en caso de abuso de estas autorizaciones. Mientras que RENGIER está a favor de una interpretación amplia de las causas de nulidad, ROGALL, en *Festschrift 600 Jahre Universität Köln*, 1988, p. 527, pide una dependencia absoluta del acto administrativo. El estudio de MARTIN, *op. cit.* nota 10, pp. 184 y ss., demuestra que justamente en este problemático campo, las opiniones difieren muchísimo. Según esta investigación, que ofrece una solución ecológica consecuente, la adecuación al ordenamiento jurídico-administrativo puede ser causa de justificación (de la misma opinión, el proyecto SPD, *op. cit.*, parágrafo 330d II). Con ello se demuestra la fragilidad de la coordinación en el ámbito de la tipicidad o de la antijuridicidad. Por eso no es sorprendente que existan dudas sobre la conveniencia de conectar estos límites a consecuencias de largo alcance (véase RENGIER/RUDOLPHI/BURGSTALLER en LAGODNY, *ZStW* 101 (1989), p. 934 y ss.

(58) Muy detallado en RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 897 (error especialmente grave y conocimiento de los participantes respecto de la antijuridicidad, afirmándolo principalmente en caso de amenaza, soborno y coacción colusiva). Por ejemplo STELKENS/BONK/LONHARDT, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1983, 2.^a ed., parágrafo 44, número marginal 11; KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1986, 4.^a ed., parágrafo 44, números marginales 7 y 14.

b) En primer lugar, hay que considerar la cuestión de qué circunstancias se «legalizan» por una autorización de la administración. Una autorización jurídico-administrativa concedida a una empresa le otorga a ésta un fundamento autónomo constitutivo y le concede una protección de integridad y confianza (de diferente intensidad según el tipo de autorización (59) en contra de la cual el ejercicio de la función de control sólo es posible de forma limitada (según la cláusula general de policía administrativa) (60). De este *efecto legalizador* resulta, entre otras cuestiones, que no puede ser punible lo que no puede ser prohibido por el Derecho administrativo (61). El problema se plantea, por ejemplo, en el caso de que una liberación de sustancias venenosas cause perjuicios a la salud a pesar de no exceder los valores permitidos de sustancias lesivas (parágrafo 223 del Código Penal alemán) o daños materiales (parágrafo 303).—¿Estarían éstos legalizados (hasta la eventual anulación de la autorización?) (62).

Si desde el punto de vista jurídico penal se considera la ejecutoriedad de una autorización como un umbral insuperable —o, justo al revés, se afirma la falta total de competencia de la autoridad administrativa respecto de intervenciones en los bienes individuales (63)—, también hay que esquematizar las circunstancias jurídico-administrativas, porque deben evitarse, en la medida de lo posible, errores de armonización entre Derecho penal y administrativo.

La propiedad industrial y mercantil, que en los comienzos del Derecho de protección de las aguas e inmisiones estaba firmemente asegurada contra modificaciones posteriores (64), se relajó, en parte, bajo la presión de la protección del medio ambiente y la consciencia de que los elementos ambientales son bienes vitales. Las posiciones absolutas, que

(59) Véase BREUER, *JuS* (1986), pp. 362 y ss.; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* en nota 11, p. 148; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/ROHMER, *GewO*, tomo III, *UmweltR* 1989, comentario previo al parágrafo 4 *BImSchG*, número marginal 18 y ss.

(60) Sobre la opinión mayoritaria: *BVerwGE*, pp. 217; 55; 122 y ss.; FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), pp. 406 y ss.; JARASS, *DOV* (1988), p. 409; KOPP, *DVBI* (1983), p. 392; WAHL, *Handwörterbuch des Umweltrechts*, tomo I, 1986, Sp. 343 y ss.

(61) RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 895. Véase BREUER, *NJW* (1988), p. 217 con más argumentos. En contra, véase también ODERSKY, *Festschr. f. Tröndle*, 1989, p. 303.

(62) Sobre la relevancia práctica, véase KELLER, *DJT-Sitzungsbericht*, *op. cit.* en nota 5, p. L 19 y *BGH*, en TIEDEMANN, *op. cit.* en nota 14, 1980, pp. 60 y ss.

(63) Véase por un lado BOTTKE, *JuS* (1980), p. 541; HORN, en *SKStGB*, parágrafo 330 a) número marginal 9. Por otro lado RUDOLPHI, en *Festschr. f. Lackner*, 1987, p. 882. Véase también LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentarios previos a los párrafos 32 y ss., número marginal 62.

(64) Véase nota 32, y también *PrOVGE* 82, pp. 351 y ss., y en especial, p. 356: «Es un derecho reconocido que una instalación que obtuvo una autorización de la administración encargada del control de la actividad industrial está protegida contra intervenciones policiales posteriores también por otras razones de control de la actividad industrial».

piden una protección más amplia para el poseedor de una autorización mientras que la licencia sea todavía válida (65), están retrocediendo en el Derecho administrativo. Se puede argumentar en su contra que el efecto bloqueante, tan extenso, de una autorización puede resultar muy atractivo desde el punto de vista del explotador de una instalación, pero puesto que conlleva una cierta traslación de riesgos al Estado (66) necesariamente conduciría a una práctica restrictiva en el otorgamiento de autorizaciones por las autoridades del medio ambiente, por miedo al citado riesgo. Y por eso, no sólo sería una victoria pírrica para el ciudadano y el medio ambiente, sino que a largo plazo también influiría en las posibilidades de actuación de los explotadores de instalaciones (67). En este sentido, el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo últimamente mantiene la opinión de que «una intervención con motivo de la cláusula general de control de las autoridades público-administrativas contra peligros inminentes tiene que ser admitida, ya que la causación de tales peligros no está cubierta jurídicamente por el efecto legalizador» (68). Teniendo en cuenta ésto, no hay que temer para tales supuestos (con seguridad atípicos) que se sancione penalmente lo que no podría estar prohibido por medio del Derecho administrativo.

Parece que por esta vía se está debilitando un bastión, hasta ahora capital, de la accesoriedad administrativa del Derecho penal, pero se observa que no por eso necesariamente se tiene que producir una sanción penal, puesto que esa debilitación, y correspondiente limitación del efecto legalizador, se efectúa, en primer lugar, considerando la presencia de la cláusula general de control policial-administrativo. Respecto a la responsabilidad así fundamentada, en el Derecho administrativo sigue dominando la teoría de la causación inmediata, según la cual «perturbador» es aquél cuyo comportamiento o cuyos bienes generan inmediatamente el peligro en cuestión (69), por eso la conducta contraria al deber

(65) PAPIER, *Jb. des Umwelt-und Technikrechts*, 1987, pp. 75 y ss.; del mismo, *NVwZ* (1986), pp. 259 y ss.; MARTENS, *DVBI* (1981), pp. 604 y ss. Véase también SCHINK, *DVBI* (1986), p. 166. Además, RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 894. Sobre este fundamento sólo sería posible un desestimiento o algo parecido del acto administrativo.

(66) Sobre la problemática compleja de una corresponsabilidad de los Estados, véase *BVerwGE* 53, p. 58; WAHL, *op. cit.* nota 60, Sp. 439. Además, FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), pp. 439 y ss. Véase también *BGH, ZPR* (1989); pp. 179 y ss. y *BGH, NJW* (1988), p. 481.

(67) KLOEPFER, *op. cit.* nota 11, p. 728; del mismo, en *Forschungsstelle für Umwelt und Technikrecht* (ed.), *Atlanten und Umweltrecht*, 1986, pp. 36 y ss.; del mismo, *NuR* (1987), pp. 12 y ss. Véase también BREUER, *JuS* (1986), pp. 362 y ss.; FELDHAUS/SCHMITT, *WiVerw* (1984), pp. 11 y ss.; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* nota 11, p. 148. Así mismo, DÖLLING, en *LAGODNY, ZStW* 101 (1989), 935 y generalizando KRAUS, *Plädoyer* 1/1989, pp. 42 y ss.

(68) *BVerwGE* 55, p. 123; véase también *OVG Münster, NVwZ* (1985), p. 355; *VGH Mannheim*, en *FLUCK, VerwArch* 79 (1988), 408.

(69) Véase por ejemplo *PrOVGE* 78, p. 261; *OVG Hamburg, DOV* (1983), p. 1017; FELDHAUS/SCHMITT, *Wiverw* 1984, pp. 7 y ss.; GÜTZ, *Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht*, 1985, 8.^a ed., pp. 212 y ss.

no es *condictio sine qua non* para la imputación de un peligro grave (70). Partiendo de esta base se puede fundamentar la responsabilidad cuando, no precisamente la acción sino el resultado, está fuera del efecto legalizador de la autorización (71). Interpretada de esta forma, una autorización permite correr un riesgo, pero la realización de éste no necesariamente exime de sanciones policiales o administrativas (72). Mientras que la imputación jurídico administrativa está al respecto fuertemente orientada al resultado, el Derecho penal sigue, por el contrario, criterios de responsabilidad relativos a la acción: lo que *ex ante* estaba permitido sigue estándolo cuando *ex post* se llega a un resultado no deseado (73). Por eso, es necesario para la cuestión de si debe reprocharse penalmente, investigar el *objeto de la decisión* del permiso de la autoridad.

Si las características funcionales de una autorización constituyen facultades de disposición y funciones de control de la autoridad, y la posición de confianza del solicitante se debe garantizar a través de la claridad jurídica de la regulación en cuestión (74), entonces el criterio central para determinar el contenido de una autorización ha de ser el examen de las circunstancias y de la decisión, matizados por el sentido objetivo del acto administrativo (75). Así que, desde un principio sólo

(70) Esto también es válido para las doctrinas más novedosas, que alternativamente se basan en una antiobligatoriedad o una coordinación normativa de riesgos, véase BREUER, *JuS* (1986), p. 362; KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 9, ambos con más argumentos. crit. SCHINK, *DVBl* (1986), p. 166.

(71) Así BREUER, *JuS* (1986), p. 363, para casos particulares atípicos e irreconocibles. Véase también BRANDT/LANGE, *UPR* (1987), p. 15; FELDHAUS/SCHMITT, *WiWerw* (1984), p. 11; HERRMANN, *DöV* (1987), p. 673; KOCH/HERRMANN *Boden-sanierung nach dem Verursacherprinzip*, 1985, pp. 13 y ss.; 51 y ss.; Además, *OVG Münster*, *OVGE* 16, 289, *OVG Lüneburg*, *DVBl* (1967), pp. 780 y ss.; PAPIER, *All-lasten und polizeiliche Störerhaftung*, 1985, p. 29; SCHINK, *DVBl* (1986), p. 166. Según KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 13, está excluida «en gran medida» la posibilidad de un efecto legalizador cuando la autorización era total o parcialmente antijurídica.

(72) En el mismo sentido, FLUCK, *VerwArch* 79 (1988 p. 429, HERRMANN, *DOV* (1987), p. 673.

(73) El fundamento teórico de la norma es aquí la función de definición y valoración del Derecho penal. Si el momento central de la antijuridicidad consiste en la contradicción a un enunciado jurídico como norma de determinación (entendido como una instrucción que (co-) determina *ex ante* el comportamiento), entonces no está prohibida la causación de lesiones de bienes jurídicos, sino solamente un comportamiento arriesgado intolerablemente grave. Sobre todo el tema, véase LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 13 y ss.; número marginal 49, con numerosos argumentos. Además SCHÜNEMANN, *JA* (1975), pp. 438, 441 y ss.; así como (más completo) FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 74 y ss.; 349 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 57 y ss., 330 y ss.

(74) Véase RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 875 y ss.; WAHL, *op. cit.* nota 60, Sp. 434 y ss.; así como, por ejemplo, MAURER, *Allg VerwR*, 6.^a ed., 1988, pp. 175 y ss.

(75) Véase BREUER, *JuS* (1986), pp. 362 ss.; FLUCK, *VerwArch* 79 (1988)

estarán permitidas aquellas acciones que no difieran de la correspondiente autorización que permite la explotación respetando las reglas técnicas actuales o conectando el acto administrativo favorecedor con obligaciones básicas (concretas) del explotador (76).

Desde un punto de vista material, para los ámbitos de protección de aguas e inmisiones es preciso tener en cuenta que según el parágrafo 6 de la Ley de conservación de Aguas no entra dentro de la competencia de las autoridades administrativas el decidir sobre permisos de utilización de los que cabe esperar un perjuicio para el bien común. En esta obligación de denegación también se incluyen intereses relacionados con la salud humana, como hace poco sentenció el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, apartándose de su doctrina anterior (77). Si existe posibilidad inminente de un peligro para la salud con resultado lesivo, entonces constituiría al mismo tiempo, en virtud de la ley, un daño al bienestar común. Tampoco la Ley Federal de protección frente a Inmisiones permite la causación de perjuicios para la salud; el peligro de lesión se entiende —en el sentido del parágrafo 3.I. de la Ley Federal de protección frente a Inmisiones— como una incidencia considerablemente lesiva contra el ambiente, que, a la hora de decidir sobre la concesión de una autorización (parágrafos 6 y ss. Ley de Inmisiones) no permite otras valoraciones (78). A pesar de esta clara, a primera vista, situación legal hay que tener en cuenta que la pregunta clave, radica, a la postre, en el concepto del peligro (y similares): inmisiones y emisiones totalmente inofensivas son algo excepcional en la era industrial y más considerando el desarrollo de los métodos de comprobación científico naturales. En esta medida, también se trata de las exigencias de probabilidad suficiente en la generación de un

pp. 420 y ss.; así como por ejemplo *BVerwGE* 41, p. 305; *DVBl* (1983), p. 810 y, con carácter general, RÜPIG, *Verwaltungswille und Verwaltungsakt*, 1982, pp. 125 y ss.

(76) Véase sobre todo, de *lege ferenda*, *DJT-Gutachten*, *op. cit.* nota 3, pp. D 125 y ss.; y parágrafos 327 III Ziff. 2. 330 d II Ziff. 2 *Gesetzentwurf der SPD-Fraktion* de 14-2-1990, BT-Dr 11/6449. Así mismo TIEDEMANN, *op. cit.* nota 14, p. 27. Pero véase también, sobre la cualidad de las obligaciones básicas del explotador, SENDLER, *UPR* 1990, pp. 42 y ss.

(77) *BVerwG, NuR* (1990), pp. 25 y ss. Para la ampliación de la protección entre otros era decisivo el objeto de la Ley de abastecimiento de aguas (WHG) definido en la 4.^a y 5.^a Ley de reforma del WHG.

(78) FELDHAUS, *DVBl* (1979), p. 305; JARASS, *BImSchG*, 1983 parágrafo 3, número marginal 26; KUTSCHEIDT, en LANDMANN/RONHMER, *GewO*, tomo III, *UmweltR*, parágrafo 3 *BImSchG*, número marginal 11; SELNER, *op. cit.* nota 13, pp. 27 y ss. Pero, según la opinión mayoritaria, es necesario y posible la ponderación respecto del peligro de daños materiales (véase SELNER, *op. cit.* nota 13, p. 28; KUTSCHEIDT en SALZWEDEL (ed.) *Grundzüge des Umweltsrechts*, 1982, p. 247).

peligro (79) y, sobre este fundamento, de una determinación (administrativa) del *riesgo que es social y normativamente tolerable*.

Si, dentro del marco de valoración, el riesgo estadístico de la instalación autorizada se manifiesta en perjuicios concretos a la salud de las personas y el explotador de la instalación actúa conforme al permiso, pese a que el resultado, en determinadas circunstancias, no de lugar a la intervención administrativa (obligación de policía administrativa), no por eso su acción sería ilegal —en este caso no ha lugar a la intervención penal (caso del *riesgo permitido*) (80)—. El poseedor de una autorización puede confiar en no exceder el riesgo de acción legalmente permitido. En lo que respecta, sin embargo, al *abuso* de una autorización, cuando la explotación de una instalación causó lesiones, sabiéndolo el poseedor de la autorización (81), hay que entender que si se adopta la opinión, cada vez más extendida en el Derecho administrativo, de que en principio es posible una intervención policial-administrativa contra estas lesiones (82) queda limitado, como hemos visto, el efecto legalizador de la autorización administrativa. Y ello, también en concordancia con los preceptos de la Ley de Conservación de Aguas y de la Ley Federal de protección frente a Inmisiones (83)—. Esto significa que la validez de la autorización, en todo caso en lo relativo a las lesiones, no puede ser considerada como causa de exención de la responsabilidad penal (parágrafos 223 y 230 Código Penal alemán). Y además, el elemento «confianza en la autorización» ha perdido su poder decisorio. La dogmática del riesgo permitido ha demostrado que no se puede justificar la confianza en el funcionamiento de las reglas de cuidado, fijadas para limitar el peligro, cuando es patente en el caso particular que las medidas prescritas no alcanzan para reducir un peligro latente al grado mínimo

(79) Al respecto, *BVerfG, NJW* (1989), p. 363, *BVerwG, NJW* (1970), 1890; HOPPE/BECKMANN, *op. cit.* nota 11, pp. 68 y 401; MURSWIECK, *Handwörterb. des Umweltrechts*, tomo II, Sp. 267 y ss.; ambos con más argumentos. Además *BVerwGE* 72, pp. 250 y 256. Véase también el informe de la autoridad federal de salud (*Bundesgesundheitsamt*) de 1979 sobre la peligrosidad de sustancias protectoras de la madera en *Der Spiegel*, n.º 7 de 12-2-1990.

(80) SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72 (1960), p. 373; HIRSCH, en comentario previo parágrafo 32 número marginal 32; JESCHECK en *LK*, comentario previo, parágrafo 13 número marginal 61. También LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo. Parágrafo 32 y ss.; número marginal 62. Véase también WINKELBAUER, *NStZ* (1988), p. 204; RUDOLPHI en *Festschr. f. Lackner* p. 882, aunque no considera suficientemente los fundamentos jurídicos administrativos esenciales.

(81) Al respecto instruye el Tribunal Territorial de Mainz, Sentencia de 16-1-1989-8 Js 37) 8/84-W-5 Kls («*Erdal-Urteil*»), especialmente, pp. 184 y 200.

(82) Véase nota 67 y ss.

(83) No se puede argumentar que de esta forma quede invalidado, por ejemplo, el parágrafo 17 de la Ley de protección contra Inmisiones en la atmósfera: para este tipo de prescripciones posteriores quedan los hechos, que tienen que ver con puestas en peligro y peligros de salud no coordinables causalmente.

tolerable (84). Este supuesto se da en los ámbitos de la Ley de conservación de Aguas y de la Ley Federal de protección frente a Inmisiones, cuando de la explotación de una instalación resultaran lesiones (no permitidas materialmente por las leyes correspondientes) y el explotador sea consciente de la peligrosidad de su acción. En este caso, no se debe seguir explotando la instalación sin aplicación de medidas adicionales de eliminación de peligros.

Si además, la autorización *ab initio* (o sea, a partir del momento de su concesión) produjera perturbaciones perceptibles a simple vista y absolutamente contrarias a las normas de control administrativas de seguridad y orden público, esta autorización, *in dubio*, sería nula (85). Jurídicamente no sería sostenible interpretar las autorizaciones estatales como una autoobligación de las autoridades de no intervenir en situaciones meramente contrarias a las normas policiales. En el Derecho penal cabe destacar en este sentido, la existencia de los tipos penales medio ambientales y especialmente los parágrafos 324 y 327 CPa.

c) Hasta ahora hemos analizado una interpretación correcta de la función de la autorización desde el punto de vista de la lesión a bienes jurídico individuales; pero, también, bajo determinadas condiciones, puede una autorización ser insuficiente respecto a comportamientos perjudiciales para el medio ambiente, con la consecuencia de que se comete un delito.

Se parte de que el órgano autorizante tiene que precisar el contenido de la autorización y, así, determinar el alcance de la misma (86). Esta situación se produce cuando ciertas declaraciones del solicitante se convierten en contenido esencial de la reglamentación de la autorización y el alcance del efecto autorizante está conectado con estos hechos. Por ejemplo, declaraciones falsas sobre el tipo, la cantidad o la peligrosidad de una sustancia son, en principio, idóneas para restringir el contenido de la autorización (87). Será preciso dilucidar, claro está, la cuestión no siempre fácil de si las declaraciones correspondientes no representan meros fundamentos de decisión y no forman parte, entonces, del conte-

(84) Véase CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 15 número marginal 145 y ss.; LENCKNER incide en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 13 y ss., número marginal 93 y comentario previo a los parágrafos 32 y ss. número marginal 100.

(85) KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 14. Véase también, WINKELBAUER, *NSzZ* (1988), p. 206 (*Teilnichtigkeit*), así como LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los parágrafos 32 y ss. número marginal 62. En sentido crítico FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), p. 431.

(86) Véase BREUER *DOV* (1987) pp. 177 y ss.; FLUCK, *VerwArch* 79 (1988), pp. 414, 422; RUMPEL, *NVwZ* (1988), pp. 502 y ss. Véase también parágrafo 36 *VwVfG*.

(87) Pero véase parágrafo 24 *VwVfG* según el cual las circunstancias tienen que ser investigadas de oficio por la autoridad. Por eso, críticamente PAPIER, *NVwZ* (1986), p. 259.

nido de la reglamentación (88). Por eso es deseable, en lo relativo a este tema, que en la práctica se precise este punto y se delimite de forma suficientemente clara el alcance de la autorización (89). Pero finalmente también es posible (dentro de un margen limitado) que se permitan expresamente ciertas emisiones o inmisiones. Así por ejemplo, debe pensarse en el caso de que la autoridad permita la correspondiente injerencia —de todas formas inevitable— en el medio ambiente como consecuencia de la reparación o reforma de una explotación (90). Claro que los límites del problema, en el ámbito de la llamada tolerancia administrativa, no están aún definidos.

2. Tolerancia de la autoridad

La tolerancia de la autoridad y, generalizando más aún, de las formas de actuación informales de las autoridades administrativas tienen gran importancia práctica. Se pone de manifiesto cuando las autoridades administrativas del medio ambiente, durante un cierto período y pese a tener facultades para hacerlo, no intervienen contra situaciones no autorizadas y consecuentemente antijurídicas. Desde un punto de vista jurídico-penal se plantea la cuestión de si el explotador de una instalación merece sanción penal por contaminar un acuífero si introduce, sin autorización pero con conocimiento de la autoridad administrativa del medio ambiente y tolerado por ella, aguas residuales industriales en una corriente.

Algunos consideran esta forma de actuación de las autoridades como una censurable conspiración y colaboración entre Estado y economía (91). Otros enfantizan que la habilidad funcional de las leyes, en

(88) Véase RENGIER, *ZStW* 101 (1989), pp. 900 y ss., continuando el estudio de HOLTHAUSEN, *NStZ* (1988), pp. 256 y ss., que así mismo incluye consideraciones centrales de un informe no publicado de SCHÜNEMANN. Véase también, *Tribunal Territorial de Düsseldorf*, *NStZ* (1988), pp. 231 y ss. También KLOEPFER, *NuR* (1987), p. 14; FLUCK, *VewrArch* 79 (1988), p. 422.

(89) Por eso en parte se argumenta respecto a autorizaciones «obviamente anticuadas» que, con una «apreciación razonable» no alcanzan a abarcar las circunstancias sujetas a autorización (HOLTHAUSEN, *NStZ* (1986), p. 256, nota 17). Véase también KLOEPFER en BREUER y OTROS (ed.), *Altlasten und UmweltR* 1986, pp. 36 y ss., con referencia al incremento de asignación de riesgos para inculpar al destinatario. Sobre el problema de si y hasta qué punto el tenor literal de ciertas disposiciones típicas y el artículo 103 de la Ley Fundamental (de Bonn) están en contra de una limitación de la autorización, véase de una parte, WINKELBAUER, *JuS* (1988), pp. 691 y ss.; y de otra KELLER en *Festschr. f. Rebmann*, 1989, pp. 255 y ss.

(90) En sentido similar, OLG Frankfurt, *NJW* (1987), p. 2755; RUDOLPHI, *NStZ* (1984), p. 198.

(91) Véase BOHNE, en *Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 7. Fachtagung* 1983, pp. 148 y ss. Así mismo, OLDIGES, *Wirtschaftsrecht*, 1973, p. 19.

cierta medida, se basa justamente en que por un camino informal se realicen las adaptaciones necesarias para el sistema y ven en ello una forma de actuar adecuada para solucionar situaciones complejas (92). Y otros quieren tranquilizar con una frase de *Brecht*: «demasiado orden sólo puede ser más o menos soportable si es suavizado por un poco de negligencia» (93).

En el ámbito nuclear, se deberían traducir en las —al principio discutidas (94)— características estructurales del Derecho en una sociedad de riesgo, en general, y en la específica problemática de la protección del medio ambiente, en particular.

De ahí se derivan consecuencias difíciles de solucionar para el *Derecho penal*. De un lado, se niega cualquier significado jurídico-penal a la tolerancia de la autoridad. Esto se justifica, entre otras razones, indicando que, de otra forma, en el Derecho penal se abrirían paso tendencias que socavarían el principio del Estado de Derecho fijado en el Artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn (95). Sin embargo, otros conceden a estas prácticas de las autoridades efecto legalizador (incluso en la jurisprudencia) (96). Ante tal ambigüedad, no es sorprendente que los tribunales muchas veces se contenten —ante un comportamiento de este tipo por parte de la autoridad— con sobreseer el proceso penal por considerar la conducta insignificante (parágrafos 153, 153 a StPO) (97).

Pero no puede ser misión del Derecho penal invalidar criterios funcionales esenciales de una parte del ordenamiento jurídico (98). Se alude con ello al principio de cooperación y, así mismo, a la situación de interrelación, puesta aquí de manifiesto entre el principio de oportunidad jurídico-administrativo (facultad de decisión de intervención, mani-

(92) Véase RANDELZHOFFER, en KIMMINICH/V. LERSNER/STORM (ed.) *Handwörterb. des Umweltrecht*, tomo I, 1986, Sp. 362 y ss.; RANDELZHOFFER/WILKE, *Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns*, 1981, passim; al respecto crítica HERMES/WIELAND, *Die Staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, 1988, pp. 46 y ss.

(93) SENDLER en *Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 6. Fachtagung* 1982, p. 43. Pero véase también, del mismo UPR (1990), p. 45.

(94) Véase, infra, nota 15.

(95) Véase CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los párrafos 324, número marginal 20; LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, *ZStW* 92 (1980), pp. 931 y ss.; SACK, *Umweltschutz-Strafrecht*, 3.^a ed., 1988, parágrafo 324, número marginal 112. Además HALLWAB, *NuR* (1987), p. 297; BREUER, *DOV* (1987), p. 181; del mismo *NJW* (1988), p. 2082; DÖLLING, *JZ* (1985), p. 469, nota 120. Véase, además, diferenciando HERMES/WIELAND, *op. cit.* nota 93, pp. 103 y ss.; pero también p. 109.

(96) Véase Tribunal Territorial en München II, *BayVBl* 1986, 317; BICKEL, *ZfW* (1979), pp. 143 y ss. WERNICKE, *NJW* (1977), 1664. Véase también *OVG* Berlin, *DOV* (1983), p. 645.

(97) Ver MEINBERG, *ZStW* 100 (1989), p. 144.

(98) Véase HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 8 y ss. y 13.

festada en el principio de proporcionalidad) y el principio jurídico-penal de legalidad (obligación de persecución) (99). Por otra parte, no se debe desconocer que se socabaría la confianza en el Derecho penal si éste (como realmente es posible en ámbitos marginales) tuviera que aceptar sin el menor reparo la ejecución informal como «patología medioambiental», porque tuviera (como los actos administrativos formales) estrictos efectos vinculantes.

Por eso, las reflexiones siguientes deberían ser decisivas: si la tolerancia de la autoridad quiere tener efecto legalizador y liberador de sanción penal, tiene que tener *una función comparable a la de las autorizaciones formales*. Para esto, *se requiere desde un punto de vista formal* que la autoridad medioambiental, con conocimiento de todos los factores relevantes para la decisión, adopte una «decisión de tolerancia» y ésta se exprese en una «resolución de tolerancia». Sólo así se pueden garantizar suficientemente la seguridad y la función de ordenación de una decisión de la autoridad, así como la obligación de respetar las for-

(99) Esto se demuestra muy claramente en el párrafo 20 II de la Ley de Inmisiones: como ley especial para una intervención de la policía medio ambiental, esta disposición permite tolerar una instalación no autorizada. Pero, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en casos atípicos puede conducir al supuesto de no poderse prohibir la explotación de una instalación. Sin embargo, según el *OVG Koblenz* (NVwZ 1987, 249), esto no significa cambio alguno en el caso de que la explotación de la instalación sea jurídicamente inadmisibles, antijurídica, hasta que se le conceda la autorización correspondiente. Para resolver el dilema de que se entorpezca la intervención de la autoridad a pesar de la conminación penal (véase por ejemplo el párrafo 327 del CPA) se arbitran en esencia dos vías: por una parte se puede argumentar que, por imposiciones (legales) de tolerancia, sólo está limitado o excluido el poder de intervención, con lo cual la antijuridicidad permanente intacta (véase ODEFSKY, en *Festschr. f. Tröndle*, p. 303; también MARTIN *op. cit.* en nota 10, p. 175, nota pie de p. 78; HERMES/WIELAND, *op. cit.* nota 93, p. 105 y HANSMANN, NVwZ (1989), p. 918). Así lo mantiene en el ámbito jurídico penal (considerando las circunstancias que imposibilitaron jurídicamente la paralización de la explotación. Véase sobre el tema, por ejemplo, WÜTERICH, UPR (1988), p. 251, d) la doctrina de la imputación objetiva (LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, comentario previo a los párrafos 13 y ss. número marginal 91), el párrafo 34 C.P.A. (al respecto, véase por ejemplo TIEDEMANN, *Handwörterb. des Umweltrechts*, 1988, Sp. 854 y ss.), o, como último recurso, la advertencia acerca de la aplicación práctica de los párrafos 153 y ss. de StPo (correctamente criticado por DASH/PAPE, NStZ (1988), p. 393) para poder obtener resultados adecuados al caso particular. Por otra parte se puede argumentar que un comportamiento contra el que no se puede aplicar sanciones jurídicas administrativas no puede ser punible (así lo mantiene RENGIER, ZStW 101 (1989), pp. 906 y ss.; WINKELBAUER, JuS (1988), p. 696; WÜTERICH, UPR (1988), p. 251; véase también SCHÜNEMANN, *wistra* (1986), p. 242). Esta consideración globalizadora garantiza una consistente libertad de contradicción del ordenamiento jurídico en todo caso, allí donde se constata sin lugar a dudas que no se puede perdonar una disposición prohibitiva. Véase también SCHENKE, NuR (1989), pp. 14 y ss.

malidades legales del Derecho administrativo (100). En sentido material, tiene que asegurarse que la tolerancia liberadora de efectos penales no se contraponga a la finalidad pretendida por este comportamiento administrativo informal, que es producir legalidad (primero provisional y después definitivamente). Tampoco, por eso, puede reconocerse jurídico-penalmente la tolerancia administrativa *antijurídica* (101).

IV. Perspectivas

Tras diez años de intensas discusiones, numerosos problemas de la protección jurídico penal del ambiente no están aún solucionados de forma que se pueda hablar de la existencia de líneas básicas uniformes. Esta falta de armonía dogmático-constructiva se corresponde con los conocimientos empíricos que hacen temer que el Derecho penal del medio ambiente vigente en la actualidad, a largo plazo, podría tener efectos contraproducentes (102). Por eso, parece conveniente para su protección recurrir a intervenciones contundentes del Derecho penal, como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba, o la exigencia de responsabilidades a las empresas (103), que deberían ir acompañadas con una reducción amplia de obstáculos jurídico-procesales (104). A esta perspectiva se une tendencialmente la idea de un

(100) En sentido similar WINKELBAUER, *DOV* (1988), p. 728. RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 906; véase también ODESKY, en *Festschr. f. Tröndle*, pp. 300 y ss.

(101) En otro caso la autoridad también tendría una disposición informal (!) sobre la punibilidad, que no se fundamenta de ninguna forma en la ley (a un resultado similar llega ROGALL, en *Festschr. 600 Jahre Universität Köln*, p. 525; RENGIER, *ZStW* 101 (1989), p. 906; diferenciando WINKELBAUER, *DOV* (1988), p. 728; WÜTERICH, *UPR* (1988), p. 251; Véase también ODESKY en *Festschr. f. Tröndle*, p. 300).

(102) MEINBERG, *ZStW* 101 (1988), pp. 112 y ss.; *DJT-Gutachten op. cit.* nota 3, pp. D. 103 y ss.; HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 1 y ss. HEINE, *ZStW* 101 (1989), pp. 747 y ss.

(103) HÜMBS-KRUSCHE/KRUSCHE, *Die strafrechtliche Erfassung von Umweltbelastungen*, 1983, pp. 290 y ss.; KRUSCHE, *ZRP* (1986), pp. 303 y 306. Véase también TIEDEMANN/KINDHÄUSER, *NSiZ* (1988), p. 340.

(104) Véase por ejemplo, KUBE, *Prävention vor Wirtschaftskriminalität (unter Berücksichtigung der Umweltskriminalität)*, 1985, pp. 36 y ss.; KELLERMANN, *Kriminalsoziologische Bibliografie* (1987), pp. 23 y ss.; Problemático también, KLOEPFER en LADOGNY, *ZStW* 101 (1989), p. 939, que considera la posibilidad de los órganos de persecución penal de informar a la prensa como posible sanción. Esto lo critica también HAMMERSTEIN en *Justizministerium Baden-Württemberg* (ed.). *Ist das Legalitätsprinzip noch zeitgemäß?* (10 Triberger Symposium 1989) 1990, p. 108.

Derecho administrativo medioambiental (105), encaminado a funcionar a través del Derecho penal (106). Pero, con esto, se desconocería que el Derecho penal no es idóneo, ni está en situación de solucionar los conflictos básicos de una moderna sociedad industrial. Al contrario, hay que intentar mantener la más amplia concordancia posible con el Derecho administrativo. Por supuesto, es recomendable para la RFA modificar la dependencia, en parte demasiado intensa, del Derecho penal de la ejecución administrativa en beneficio de una mayor relación con el Derecho administrativo (leyes, disposiciones) siguiendo en este punto los ejemplos extranjeros (107). Pero no caben expectativas exageradas. Una política (jurídica) medioambiental efectiva es un postulado que ya hemos venido reclamando con anterioridad (108).

(105) En esta misma dirección va GEULEN, *ZRP* (1988), pp. 324 y ss. Algo parecido vale para las propuestas que se remiten a los principios (formalmente correctos) de la *lex posterior et lex specialis* y en base a ello solicitan la introducción en el Derecho Administrativo de específicas normas jurídico penales, sin analizar previamente los fundamentos materiales particulares (véase MARTIN, *Neue Kriminalpolitik* 2 (1990), p. 19 y parágrafo 330 d II del proyecto del SPD sobre la reforma del Derecho penal del medio ambiente).

(106) En el texto original, la traducción literal sería: A estas perspectivas se une, tendencialmente, la idea de sanear el Derecho administrativo medioambiental por medio del Derecho penal o (en el sentido del plan Morgenthau) de degradar el Derecho administrativo medioambiental puntualmente, pero a corto plazo, a pastos para las vacas lecheras jurídico penales.

(107) Véase *DJT-Gutachten*, *op. cit.* nota 3, pp. D 102 y ss.: HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 1 y ss., así como, las conclusiones del 57. *Deutschen Juristentages* 1988 (*DJT-Sitzungsbericht*, p. L. 280).

(108) Véase para mayor información, HEINE/MEINBERG, *GA* (1990), pp. 3 y ss. Los proyectos de ley para la reforma del Derecho penal del medio ambiente propuesto por la coalición y el SPD (BT-Dr 11/6453; 11/6449) y el procedimiento elegido para aquel fin (véase StenProt. 11/15267) no autorizan esperar que esta problemática haya sido totalmente comprendida.

Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)

FELIX HERZOG

Dr. Habilitado de la Universidad de Frankfurt (*)

RESUMEN

El Derecho Penal moderno, con su utilización cada vez más intensiva de los delitos de peligro, puede entenderse como una respuesta a la complejidad y presencia de las situaciones de peligro en la vida moderna. Este artículo plantea, críticamente, si esta respuesta es empíricamente apropiada y normativamente defendible.

La aptitud del derecho penal de riesgo para regular los peligros sociales, será cuestionada sobre la base de la teoría del «trilema regulador» de Gunther Teubner.

Adicionalmente se llamará la atención acerca de la posibilidad de politizar e instrumentalizar el Derecho penal en el ámbito de los delitos de peligro (fundamentalmente en el derecho penal del medioambiente y económico).

Normativamente se muestran las limitaciones del derecho penal de riesgo en las dificultades sistemáticas producidas al intentar integrar los delitos de peligro en la dogmática penal, intentos que comportan la vulneración de los principios del derecho penal liberal.

La revisión crítica del derecho penal de peligro concluye con las siguientes exigencias:

— Ningún delito de peligro sin la probabilidad de lesión del bien jurídico.

(*) Traducción al castellano de Elena LARRAURI PUJAN (Universidad Autónoma de Barcelona) y Fernando PÉREZ ALVAREZ (Universidad de Salamanca).

— Ninguna renuncia a la sujeción del derecho penal de peligro al desvalor de resultado.

— Ninguna subjetivización de la responsabilidad penal por medio de la lesión del deber.

— Ninguna equiparación y sobre todo ninguna renuncia a la atribución precisa e individual en aras de los intereses del sistema y de la «dirección de comportamientos». (**Verhaltensteuerung**).

I. RIESGO SOCIAL Y AMENAZA DEL DERECHO PENAL

Hay muchos lugares, en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro en nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de un campo de ejercicios militares, de una fábrica química...

Bien mirado, y al respecto ha sido necesario un Chernobyl para concienciar a muchos seres humanos, ya no se vive seguro en ninguna parte.

El agujero de ozono, los cambios climáticos, la abrasión y desertización, la muerte lenta de los bosques, son ejemplos de la situación generalizada de peligro para la humanidad, cuyas causas y efectos solamente pueden ser entendidos considerándolos globalmente.

Esta situación trae como consecuencia que la realidad, cada día más, se percibe y estructura a nivel cognitivo de acuerdo a un esquema de seguridad y riesgo [Lau 1989, 418).

Los conflictos centrales de intereses sociales se avivan hoy, cada vez con más frecuencia, ante cuestiones de valoración, tolerancia y control del peligro [Lau 1989, 420, 426 y ss.].

Con su estudio «la sociedad de riesgo» [**Risikogesellschaft**], *Ulrich Beck* ha captado esa tendencia al desarrollo de la civilización técnica y su incidencia en la organización social, y ha desarrollado un modelo teórico-social global sobre la base de este concepto. Una de las preguntas claves para la política, la Administración y la Ciencia es, en la actualidad, la siguiente:

«¿Cómo pueden los riesgos y amenazas, coproducidos sistemáticamente en los procesos de modernización, evitarse, minimizarse, dirigirse, encauzarse y allí, donde surgen en forma de “efectos secundarios latentes”, ser limitados y distribuidos de tal suerte que no impidan el proceso de modernización ni traspasen los límites de lo “exigible” (en términos ecológico, médico, psicológico y social)»?

El moderno desarrollo del derecho penal, con su cada vez más acentuada tendencia hacia los tipos de peligro, se puede interpretar como una

respuesta a esa pregunta. Como se deduce del título de mi artículo, el derecho penal de peligro supone una respuesta muy limitada y sobre todo a limitar para las situaciones de peligro en la vida moderna.

II. EL PELIGRO DEL «TRILEMA» REGULADOR

Concebido el derecho penal como parte de un programa jurídico, que debe regular una situación de riesgo (por ejemplo el derecho penal del medioambiente como parte del derecho del medio ambiente), surge un problema que *Gunter Teubner* ha caracterizado como «trilema regulador» («regulatorisches Trilemma») [Teubner 1984, 317]:

El intento de producir determinados cambios sociales a través de la intervención jurídica, puede conducir a:

- a) la indiferencia recíproca del derecho y la sociedad,
- b) la desintegración social a través del derecho y
- c) la desintegración del derecho a través de expectativas excesivas de la sociedad.

a) La mutua indiferencia se puede observar ya con la voluntad de traducir programas políticos a normas jurídicas. Es decir, cuando el intento regulador de la política no cumple los criterios de relevancia ni las estructuras de decisión del derecho y ello es aprobado a través de leyes, éstas se manifiestan abiertamente injustificables (eufemísticamente: problemas de ejecución).

La indiferencia «en el segundo grado del proceso de juridificación» se presenta cuando, si bien se ha conseguido el cambio de la política en un derecho aplicable, la normativa jurídica actúa en una parcela de vida, cuya estructura se muestra resistente a los cambios jurídicos [Teubner 1984, 319].

El moderno derecho penal de peligro (Medioambiente, Economía, Tráfico) es la conversión de decisiones políticas reguladoras y definiciones de riesgo, que frecuentemente se configuran en procesos de decisión políticos conflictivos. Los criterios relevantes para el derecho penal juegan en este análisis político un papel insignificante.

Cuando, con la extensión de los delitos de peligro abstracto al medio ambiente, políticamente se promete y espera disminuir los atentados al medio ambiente, pasa al mismo tiempo inadvertido que son necesarios, para poder lograr la «eficacia» prometida, cambios (al menos de interpretación) profundos y dudosamente constitucionales, en los principios de atribución del derecho penal (autoría y participación, causalidad, dolo e imprudencia, etc.).

b) La desintegración social a través del derecho se puede presentar cuando el derecho regulador produce el efecto de «colonización del

mundo de la vida» (**Lebenswelt**) [Habermas 1981, 522 y ss.] y destruye las normas y procedimientos de la autoregulación social [Teubner 1984, 321].

Cuando se abandona la convicción de que la relación con el medioambiente puede darse de una manera razonable, porque no es posible esperar un sentido de la responsabilidad para con el prójimo y la naturaleza, entonces se plantea la exigencia de intervención y sanción estatal.

En la medida en que el Estado consiente en esta exigencia, disminuye la responsabilidad, la competencia y la abundancia de ideas de la sociedad en los propios intereses de seguridad. A la larga, se perjudica sensiblemente la autorreproducción social de esta manera: los escándalos ecológicos desencadenan exigencias crecientes, traducidas de forma automática en leyes más severas, de protección e intervención anticipada del derecho penal e intensificación del control del Estado, en tanto que pasan a un segundo plano consideraciones relativas a la responsabilidad social y a modelos de regulación social y corporativa.

c) La desintegración del derecho a través de las masivas demandas sociales de regulación, las cuales sobrecargan los programas condicionales del derecho con ponderaciones de intereses y orientación a las consecuencias, conducen a una legislación y ejecución que no están orientadas tanto por la legalidad, como por la oportunidad de la intervención jurídica [Teubner 1984, *passim*].

La accesoriadad de la Administración en el derecho penal del medioambiente puede ser interpretada como un síntoma de tal desintegración: el derecho penal interviene, con gran anterioridad a la lesión del bien jurídico, bajo la presión de la gran importancia política de la ecología. Allí el derecho penal opera, de nuevo, bajo la presión económica, de la infraestructura, presión política del mercado laboral y otras presiones propias de intereses contradictorios.

Se hace necesario que las materias reguladas sean objeto de discusión política. Fundamentos del derecho penal liberal son la precisión y permanencia de las definiciones del ámbito criminal, las cuales han de ser garantizadas procesalmente a través del principio de legalidad.

Estos fundamentos son socavados cuando el derecho penal se encuentra a caballo de la accesoriadad de la administración y el derecho administrativo ecológico. Porque debe cooperar con el derecho administrativo de medio ambiente, pero no puede intervenir, sobre la base del principio de accesoriadad, si no es autorizado por la Administración. El Derecho penal se ve implicado en las ponderaciones de intereses que la Administración efectúa [Hassemer 1989, 48].

A través de este entrelazamiento, factores como la estructura, la política económica o el poder, o falta de poder, de los grupos de presión ciudadana, se convierten en más o menos decisivos para determinar la punibilidad de una conducta. Bajo tales circunstancias se descompone de manera creciente la legalidad del derecho penal, ya que éste da entrada a decisiones políticas y apenas se diferencia de ellas.

Resultado: El derecho penal de riesgo, como parte de una política que pretende controlar las situaciones de riesgo de la moderna civilización a través de la regulación jurídica, es incompatible con la tradición liberal del derecho penal, puede repercutir negativamente en la autoregulación social de las situaciones de riesgo y daña la autoridad social del derecho penal, (pues) atenta contra los principios fundamentales del derecho. Uno de los límites al control penal de los riesgos sociales es por consiguiente también un límite a la Política. Pero ello se precisará más adelante.

III. DERECHO PENAL DE RIESGO COMO DERECHO PENAL POLITIZADO

Si se complementa la tesis jurídica del «trilema regulador» con las tesis

- a) de Naucke de la politización interna del derecho penal [Naucke 1987] y
- b) de Stangl del valor de cambio político del derecho penal [Stangl 1985],

se evidencian de una forma clara las condiciones políticas de la génesis del moderno derecho penal de riesgo y los peligros implícitos que ello comporta para la tradición jurídica liberal.

a) La tesis de Naucke señala cómo desde mediados del siglo XIX, cada vez de una forma más acusada, asistimos a una interdependencia entre política interna y legislación penal; el derecho penal se instituye como un «instrumento deliberado de control de la política interna», así ocurre, por ejemplo, en el caso de la «disminución de los problemas que el desarrollo industrial trae consigo» [Naucke, 1987, 25 y s.].

A consecuencia de esa relación entre política interior y derecho penal, desde finales del XIX, es «cada vez más posible deducir el contenido del derecho penal desde la política interna, si se sabe que grupos de interés, es decir qué partidos políticos o coaliciones, controlan la legislación». Este «acaparamiento del derecho penal por la política interna» ha llevado hasta hoy, por regla general, a un «deterioro del derecho penal» [Naucke 1987, 27 y ss.].

El derecho penal ecológico se encuentra en una especial y estrecha relación con las relaciones de fuerza de la política interna: en 1969, solamente para un 5 por 100 de los alemanes tenía algún sentido el concepto «protección del medioambiente»; a partir de 1977 la conciencia del problema social experimentó un enorme impacto. Bajo el efecto del escándalo de los residuos peligrosos, el accidente químico en Seveso, la marea negra en Bretaña y la casi catástrofe del reactor nuclear de Harris-

burg/USA, los medios de comunicación insistieron en que, ante la gravedad de la situación, deberían intervenir los poderes políticos. Los ciudadanos se organizaron en grupos contra los modernos riesgos (reactores atómicos, grandes aeropuertos, industrias químicas, etc.), de donde surgió finalmente el partido de «los Verdes».

Las investigaciones de la génesis de las normas del derecho penal del medioambiente permiten ver que el proceso de legislación fue llevado a cabo de una forma precipitada bajo la presión de los incidentes y debió ser saldado en el año electoral de 1980 para restar argumentos electorales al Partido de los Verdes [Ruther, 1982, 183 y ss.]. En esta situación la incorporación de los delitos ecológicos en el Código Penal Alemán estuvo caracterizada por un «impreciso plan legislativo» sin «ningún fundamento empírico» [Humbs-Krusche 1984, 62]. El resultado fue «una construcción extremadamente inconsistente, de una parte indefinida, y de otra extremadamente minuciosa, resultado más bien de compromiso político que de un programa racional» [Meinberg/Link 1988, 3].

El control jurídicopenal de los riesgos sociales debe ser debatido en las relaciones institucionales y con criterios objetivos, relaciones que se deslinden claramente de las exigencias cotidianas de la política interna, ya que el contenido del derecho penal debe ser precisado no sobre la base de relaciones políticas de fuerza, situaciones de opinión pública, compromisos de coaliciones y campañas electorales. Ello tiene asimismo consecuencias fatales para la certeza, estabilidad y limitación del derecho penal.

b) Cuando el derecho penal actúa como instrumento de la política, tiene para Stangl ante todo como consecuencia que —como sucede en los procesos políticos— el objeto, «el caso, se convierte en una cuestión de poder entre los partidos políticos» y no se discute más en el plano de la realidad del problema sino en el plano de la dramatización. En un espectáculo público en que se dramatiza la necesidad de desenlace del problema y recíprocamente se duda de la competencia. La política criminal ha de cumplir dos papeles: servir a los intereses electorales y por tanto a los intereses de los partidos y aparecer como «solucionando» el problema [Stangl 1985, 21 y s.].

Una política criminal así motivada que se transforme en derecho penal, caracteriza a este derecho penal por su orientación al valor de cambio político, es decir una «flexibilización» de los elementos típicos en aras de «un amplio espectro de formas de reacción», de una «maximalización de opciones políticocriminales», que puedan reaccionar en todo momento ante las «exigencias del mercado político» [Stangl 1985, 26 f. 41 y ss].

Así pues se confunden las fronteras de lo punible en el moderno derecho penal de riesgo a través de la accesoriedad de la administración, la imprecisión de la ley, unida a reducciones y extensiones teleológicas, cláusulas mínimas, práctica desordenada de la abogacía del Estado, etc.

Frente a ello hay que promover:

«— Elaboración de bienes jurídicos aprehensibles, a los cuales la justicia penal pueda ajustar la exégesis de la norma;

— específicas y estables definiciones del ámbito de lo punible dadas por el legislador (y no por los variables intereses de punición de la autoridad administrativa);

— establecimiento de marcos penales, que sean efectivamente ejecutados por la justicia penal en lugar de eludidos.

— permanente revisión de la eficacia, justicia y proporcionalidad del ... (derecho penal moderno de riesgo) en la práctica» [Hassemer 1989, 48].

Las fronteras del derecho penal de riesgo se derivan también de los necesarios límites jurídicos respecto de los tipos penales y las consecuencias jurídicas, frente a las pretensiones de flexibilidad de la política.

IV. DIFICULTAD DOGMÁTICA DE UNA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE RIESGO

Desde una perspectiva interna se pueden ver las limitaciones de un derecho penal de riesgo en las dificultades que surgen al intentar integrar los delitos de peligro en la estructura dogmática de un derecho penal liberal. Escojo a modo de ejemplo tres intentos de fundamentación:

1.—La investigación de Cramer relativa al «Tipo de embriaguez como delito de peligro abstracto» (*) (1962) pretende demostrar un momento de resultado en el delito de peligro. Concluye de ello Cramer que los delitos de peligro «no están en condiciones de dar una aclaración satisfactoria del contenido criminal si se exige una constatación evidente del resultado».

Como se aprecia en la discusión sobre la punibilidad de la tentativa inidónea, ello no dependería en absoluto del resultado sino más bien del «sentido social y del significado objetivo del comportamiento en relación al conjunto de bienes jurídicos [Cramer, 1962, 62 y ss.]: En este sentido los delitos de peligro tendrían por objeto comportamientos, los cuales por su significado se dirigen a perturbar la certeza de la existencia de un bien jurídico [Cramer 1962, 65].

La vinculación con un derecho penal de resultado depende para Cramer de una gradación del injusto, pues hay que distinguir «tres formas de presentación del delito» según la intensidad de ataque a la integridad del bien jurídico protegido: «Lesión, peligro concreto y peligro abstracto»: «Lesión significa la producción de un perjuicio, peligro concreto la probabilidad de una lesión y peligro abstracto la probabilidad de

(*) Se refiere al párrafo 323 StGB (Nota de los traductores).

un peligro concreto» [Cramer 1962, 68 y ss.]. Tales delitos de peligro abstracto, los cuales ponen en el tipo penal claramente de relieve esa «razón material» de la punibilidad (esto es, la probabilidad de un peligro concreto), no plantean para Cramer ningún problema en atención al injusto criminal y al principio de culpabilidad; los tipos de peligro abstracto que no satisfacen esa exigencia, deben ser reducidos mediante una interpretación restrictiva de esa razón material [Cramer 1962, 74 y s.].

El límite del derecho penal de riesgo está según Cramer en tales tipos penales que ni siquiera mediante una interpretación restrictiva, implican la probabilidad de un concreto peligro.

Arthur Kaufmann ha criticado con acierto que el injusto de los delitos de peligro abstracto debe apoyarse en la «probabilidad de la probabilidad», la «posibilidad de la posibilidad», el «peligro del peligro» de lesión del bien jurídico. En tales tautologías no se puede sostener ningún fundamento penal [Kaufmann 1963].

En una gradación del injusto, que arranca con los delitos de lesión, los delitos de peligro no pueden integrarse sin un dislocamiento de sistema; yendo más allá de Cramer, hay que afirmar que la frontera del derecho penal de riesgo se rebasa ya con aquellos tipos penales que no contienen la probabilidad de una lesión al bien jurídico.

2. Brehm, en su investigación «acerca de la dogmática de los delitos de peligro abstracto» (1973), convierte los delitos de peligro abstracto, mediante un complicado rodeo argumental, en un género de delitos imprudentes para evitar la dificultad sistemática.

En primer lugar, Brehm renuncia al «dogma del injusto de resultado» y argumenta, que «una concepción de la antijuridicidad libre de contradicciones», solo puede ser desarrollada desde la conducta antijurídica [Brehm 1973, 90 y ss.]. En esta «concepción libre de contradicciones», los delitos de peligro dejan de existir como tipos delictivos independientes: «cuando la norma exige tan solo un comportamiento apto para lesionar, se dota con ello al contenido del injusto de una prohibición de lesión. La renuncia al resultado de lesión significa aquí solamente una agravación de la responsabilidad» [Brehm 1973, 99]. A través de una «interpretación correctora del tipo», la cual nos lleva a la transformación de ese delito en delito imprudente, debe ser evitada la excesiva severidad: «Ya que la norma ha introducido en el tipo actos contrarios a la norma de cuidado y al mismo tiempo deja pendientes los requisitos para los cuales el hecho es contrario a la norma de cuidado, el juez está obligado a verificar si el requisito exigido por la norma, el cual se demuestra en primer lugar por la lesión del deber, está también realmente presente» [Brehm 1973, 132].

Finalmente, bajo el plano de la culpabilidad se concluye la transformación de los delitos de peligro abstracto en delitos de imprudencia, si puede ser comprobado, «que al autor se le puede reprochar la lesión del deber, porque pudo obrar debidamente conforme a su capacidad individual» [Brehm 1973, 133 y s.].

El límite de los delitos de peligro se sitúa, según la concepción de Brehm, allí donde la responsabilidad penal anticipada no pueda fundamentarse en el reproche del comportamiento contrario al deber.

La renuncia al «dogma del injusto de resultado» tiene el efecto extensivo de una casi completa subjetivización de la frontera del derecho penal de riesgo, hablando claro: el riesgo se traslada a la esfera del propio sujeto, está en ese peligro propio de la lesión de la norma del deber.

Para superar las dificultades sistemáticas de los delitos de peligro abstracto, se renuncia a la tradición liberal de un derecho penal del resultado, establecido sobre la lesión del bien jurídico y orientado a las consecuencias jurídicas. Por el contrario habría que promover que el derecho penal de riesgo encuentre sus límites allí donde el fundamento del injusto no sea solo la subjetivización propia de la lesión de un deber, porque una referencia al injusto de resultado no da para más.

3. Kratzsch, en su estudio «Modificación del comportamiento [*Verhaltensteuerung*] y Organización en el derecho penal» (1985), desarrolla un concepto de derecho penal en el sentido de «sistema de dirección y organización social de la conducta», que no coloca el acento en los límites del derecho penal de riesgo, sino que trata de fundamentar por qué el derecho penal debe ser entendido en su totalidad como «derecho penal de riesgo»:

La amenaza de lesión al bien jurídico debe ser contrarrestada a través de un sistema de reglas, el cual —en la medida de lo posible— sea lo más completo posible y no deje ninguna oportunidad a la casualidad [Kratzsch 1985, 119 y s.]. En este sistema de reglas los delitos de peligro abstracto sirven «al mantenimiento de un orden general, el cual hay que configurarlo de tal modo que en cada caso particular, a pesar de la incalculable multiplicidad de posibles combinaciones (...), se asegure una eficaz protección del bien jurídico». [Kratzsch 1985, 284]. Subordinado al mantenimiento de un orden general, los autores dejan de ser contemplados como sujetos autónomos de derecho: «lo que se manifiesta en la norma aparentemente como comportamiento del autor, es en verdad la regulación codificada de una dirección... Ante los delitos abstractos de peligro la autodirección del autor es relegada a un segundo término de manera que el propio autor —aun cuando tiene la situación totalmente bajo control o, en el sentido de los conceptos normativos individuales, actúe objetiva y/o subjetivamente conforme a deber— deba someterse a las condiciones funcionales del sistema global y reconocer esos límites «standard» [Kratzsch 1985, 419].

Sobre la base de tal concepto de derecho penal no hay más que recordar que la moderna expansión del derecho penal, en el ámbito del riesgo, implica abandonar las tradiciones de derecho liberal con el objetivo de una modernización del sistema de derecho penal.

El derecho penal, entendido como dirección del comportamiento y control del azar, rebasa todos los límites vinculados al desvalor de resultado, pero tampoco del comportamiento injusto se extrae ninguna limi-

tación a la intervención, puesto que, en última instancia, no depende de las responsabilidades individuales, sino del control de las situaciones de peligro.

Sin embargo, hay que exigir que el derecho penal del peligro no transgreda los límites de una imputación individual precisa y que la responsabilidad penal no se fundamente en meras «disfunciones» de autores respecto del funcionamiento global del sistema.

Resumo los resultados de la revisión crítica de la dogmática del derecho penal del peligro en las siguientes consignas:

— Ningún delito de peligro sin la probabilidad de una lesión del bien jurídico.

— Ninguna renuncia de sujeción del derecho penal del riesgo al injusto de resultado.

— Ninguna subjetivización de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de lesión del deber.

— Ninguna equiparación y, sobre todo, ninguna renuncia de la atribución precisa e individual en interés del «sistema y de la dirección de comportamiento».

V. OBSERVACIONES FINALES

A la expansión de los riesgos sociales corresponde hoy en día un tipo de política, que apenas se plantea descubrir perspectivas de desarrollo social y poner en marcha determinados proyectos políticos a largo plazo. Los riesgos son tomados en serio cuando éstos, en la realidad o en la conciencia de los (potencialmente) afectados, adquieren dimensiones de crisis y catastróficas. Las directrices típicas de la política son entonces la exigencia de que «hay que hacer algo», las «reacciones» y el «auxilio inmediato». Entre los recursos para manejar tales riesgos y crisis se cuenta cada vez más con el derecho penal del cual se exige una intervención más intensiva atendiendo al grado de dramatización y a la correspondiente exigencia de actuación, una mayor severidad o una ampliación de los tipos de peligro. La ampliación del derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un determinado problema.

Ante tal instrumentalización, el derecho penal sale perjudicado.

BIBLIOGRAFIA

- BECK, Ulrich: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt a.M. 1986.
- BREHM, Wolfgang: *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*. Tübingen 1973.
- CRAMER, Peter: *Der Volrauschbestand als abstraktes Gefährdungsdelikts*. Tübingen 1962.
- HABERMAS, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns* (Vol. II) Frankfurt a.M. 1981.
- HASSEMER, Winfried: «Umweltschutz durch Strafrecht?», en *Neue Kriminalpolitik* 1989, n.º 1, pp. 46 y ss.
- HÜMBS-KRUSCHE, Margret/JKRUSCHE, Matthias: «Die Effektivität gesetzgeberischer Initiativen in Umweltstrafrecht», en *ZRP* 1984, p. 61 y ss.
- KAUFMANN, Arthur: «Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit», en *JZ* 1963, pp. 425 y ss.
- KRATZSCH, Dietrich: *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin 1985.
- LAU, Christoph: «Risikodiskurse. Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken», en *Soziale Welt* 1989, pp. 418 y ss.
- MEINBERG, Volker/LINK, Wolfgang: *Umweltstrafrecht in der Praxis. Falldokumentation zur Erledigung von Umweltrafverfahren*. Freiburg 1988.
- NAUCKE, Wolfgang: *Entwicklungen der allgemeinen Politik und der Zusammenhang dieser Politik mit der Reform des Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, in HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, Frankfurt A.M./Bern/New York 1987, pp. 15 a 32.
- RÜTHER, Werner: «Empirische Normgeneseforschung. Theorie, Methode und erste Ergebnisse eines Projekts zur Umweltstrafrechtssetzung», en *Krim, Jour*, 1982, pp. 177 y ss.
- STANGL, Wolfgang: *Die neue Gerechtigkeit. Strafrechtsreform in Österreich 1954-1975*. Wien 1985.
- TEUBNER, Gunther: «Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en KÜBLER (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, pp. 289 a 344.
- Para una profundización del tema, véase HERZOG, Felix: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. Heilderberg; R.V. Deckers 1991.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, del Ministerio del Interior (BOE 55/93, de 5 de mar.), por el que se aprueba el Reglamento de Armas (CE. BOE 21 de abril)

Artículo único.

Se aprueba el Reglamento de Armas cuyo texto se inserta a continuación.

DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA

Los apartados que se mencionan del anexo 1, enfermedades o defectos que serán causa de denegación de licencias, permisos y tarjetas de armas, del Real Decreto 2283/1985, de 4 de diciembre, por el que se regula la emisión de los informes de aptitud necesarios para la obtención de licencias, permisos y tarjetas de armas, quedarán redactados en la forma que para cada uno de ellos se determina a continuación:

1. Después del apartado 25, se incorpora un párrafo nuevo del siguiente tenor:

«No obstante lo dispuesto en los apartados 22, 23, 24 y 25, pese a la existencia de los defectos físicos a que se refieren, los órganos competentes podrán disponer la expedición de las licencias de armas solicitadas, tras comprobar, a través de las oportunas pruebas, la aptitud de los interesados para el manejo, bien de armas normales o bien de armas adaptadas para el uso por personas discapacitadas. También podrán disponer la expedición de las licencias solicitadas, si los interesados dispusieran de prótesis adecuadas para subsanar las deficiencias que

(*) Sección elaborada por la Redacción de la Revista.

padecieren o las armas hubieran sido objeto de las necesarias adaptaciones dando cumplimiento a lo dispuesto en el Reglamento de Armas sobre aprobación de modelos o prototipos, siempre que los facultativos encargados de la realización de las pruebas previas a la emisión de los informes de aptitud, certifiquen acerca de la idoneidad funcional y suficiencia de tales prótesis y adaptaciones para el manejo de las armas de que se trate».

2. Después del apartado 26 se adiciona un apartado nuevo, redactado en los siguientes términos:

«27. Cuando, a juicio de los facultativos encargados de realizar las pruebas, se entendiese que, por razones de edad o de posible evolución de la enfermedad o defecto de los interesados, no se puede emitir el correspondiente informe de aptitud para la totalidad del período normal de duración de las licencias o permisos solicitados, lo harán constar así en los certificados que emitan, determinando la duración para la que a su juicio puedan expedirse aquéllos».

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

Dentro del plazo de un año, a contar desde la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto, todas las personas que se encuentren en territorio español y estén en posesión de armas cuya tenencia requiera licencia o tarjeta, careciendo de ellas, deberán realizar los trámites necesarios para su obtención o, en caso contrario, depositar las armas en una Intervención de Armas de la Guardia Civil.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA

En el plazo de dos años a contar desde la indicada fecha o, en su caso, dentro del plazo de vigencia de las correspondientes licencias deberán adaptarse al régimen establecido en el Reglamento, aprobado por el presente Real Decreto, las personas que en la misma fecha se encontrasen legalmente en posesión de armas cuya tenencia por particulares se declara prohibida o cuyo régimen de adquisición, tenencia o uso se modifica en el nuevo Reglamento.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA UNICA

A la entrada en vigor del presente Real Decreto, quedan derogados:

1. El Real Decreto 2179/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

2. El artículo 1 del Real Decreto 2283/1985 de 4 de diciembre, por el que se regula la emisión de los informes de aptitud necesarios para la obtención de licencias, permisos y tarjetas de armas.

3. El artículo 5 del Real Decreto 1631/1992, de 29 de diciembre, sobre restricciones a la circulación de ciertos bienes y mercancías.

4. Las demás disposiciones, de igual o inferior rango, que se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA

El presente Real Decreto y el Reglamento de Armas aprobado por él entrarán en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Se autoriza al Ministro del Interior para aprobar y poner en vigor el modelo de la Tarjeta Europea de Armas de Fuego, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento de Armas y en el anexo II de la Directiva 91/477/CEE, del Consejo, de 18 de junio, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, así como los modelos de los restantes documentos necesarios para la aplicación del Reglamento de Armas.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA

Mediante Ordenes del Ministro del Interior, dictadas a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe favorable de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se podrá determinar, entre los regímenes comprendidos en el Reglamento, el aplicable:

a) A las armas no comprendidas específicamente en ninguna de las categorías configuradas en el artículo 3.

b) A las armas cuyos modelos se hayan comenzado a fabricar con posterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto.

c) A las armas combinadas o que presenten caracteres correspondientes a dos o más categorías, a cuyo efecto se tendrán en cuenta las características físicas de las armas, las modalidades posibles de autorización y las demás circunstancias que concurren.

DISPOSICIÓN FINAL CUARTA

Se considerarán prohibidas, en la medida determinada en los artículos 4 y 5 del Reglamento, las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en cualesquiera de sus apartados mediante Ordenes del Ministro del Interior, dictadas a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos.

DISPOSICIÓN FINAL QUINTA

Por Orden del Ministro del Interior se determinará la forma en que los armeros podrán llevar los libros y cumplimentar otras obligaciones documentales establecidas por el Reglamento de Armas, por procedimientos informáticos o por cualquier otro idóneo para alcanzar las finalidades perseguidas.

REGLAMENTO DE ARMAS

Indice

| | <u>Artículos</u> |
|---|------------------|
| Capítulo preliminar. Disposiciones generales: | |
| Sección 1. ^a Objeto y ámbito | 1 |
| Sección 2. ^a Definiciones | 2 |
| Sección 3. ^a Clasificación de las armas reglamenta- tadas | 3 |
| Sección 4. ^a Armas prohibidas | 4-5 |
| Sección 5. ^a Armas de guerra | 6 |
| Sección 6. ^a Intervención e inspección | 7-9 |
| Sección 7. ^a Armeros | 10 |
| Capítulo I. Fabricación y reparación: | |
| Sección 1. ^a Fabricación de armas | 11-25 |
| Sección 2. ^a Reparación de armas de fuego ... | 26 |
| Sección 3. ^a Pruebas de armas de fuego | 27 |
| Sección 4. ^a Señales y marcas | 28-30 |
| Capítulo II. Circulación y comercio: | |
| Sección 1. ^a Circulación | 31-44 |
| Sección 2. ^a Comercio interior | 45-56 |
| Sección 3. ^a Viajantes | 57-58 |

| | <u>Artículos</u> |
|---|------------------|
| Sección 4. ^a Exportación e importación de armas | 59-66 |
| Sección 5. ^a Tránsito de armas | 67-71 |
| Sección 6. ^a Transferencias de armas | 72-76 |
| Sección 7. ^a Ferias y exposiciones | 77 |
| Capítulo III. Medidas de seguridad en fabricación, circulación y comercio | |
| Capítulo IV. Documentación de la titularidad de las armas: | |
| Sección 1. ^a Guías de pertenencia | 88-89 |
| Sección 2. ^a Revista de armas | 90 |
| Sección 3. ^a Cesión temporal de armas | 91 |
| Sección 4. ^a Cambio de titularidad | 92-95 |
| Capítulo V. Licencias, autorizaciones especiales y tarjetas de armas: | |
| Sección 1. ^a Licencias en general y tarjetas | 96-108 |
| Sección 2. ^a Autorizaciones especiales de uso de armas para mereros | 109 |
| Sección 3. ^a Autorización especial para extranjeros y españoles residentes en el extranjero | 110-111 |
| Sección 4. ^a Autorización de armas para viajes a través de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea | 112-113 |
| Sección 5. ^a Licencias a personal dependiente de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Servicio de Vigilancia Aduanera | 114-119 |
| Sección 6. ^a Licencias para el ejercicio de funciones de custodia-vigilancia | 120-128 |
| Capítulo VI. Tenencia y uso de armas de concurso | |
| Capítulo VII. Disposiciones comunes sobre tenencia y uso de armas: | |
| Sección 1. ^a Disposiciones generales | 144-149 |
| Sección 2. ^a Campos, galerías y polígonos de tiro | 150-152 |
| Sección 3. ^a Uso de armas en espectáculos públicos, filmaciones o grabaciones | 153-154 |
| Capítulo VIII. Régimen sancionador | 155-164 |
| Capítulo IX. Armas depositadas y decomisadas | 165-171 |

Disposición final única.

Anexo. Características y medidas de seguridad en galerías y campos de tiro.

CAPÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

SECCIÓN 1.^a

Objeto y ámbito

Artículo 1.

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6, 7, 23 y siguientes de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, el presente Reglamento regula los requisitos y condiciones de la fabricación y reparaciones de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales, así como todo lo concerniente a su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación, su tenencia y utilización, determinando las medidas de control necesarias para el cumplimiento de tales requisitos y condiciones, con objeto de salvaguardar la seguridad pública. Sus preceptos serán supletorios de cualquier otra disposición que, con distinta finalidad, contenga normas referentes a dichas materias.

2. Se considerarán piezas fundamentales: De pistolas, armazón, cañón y cerrojo; de revólveres, armazón, cañón y cilindro; de escopetas, básculas y cañón; y de rifles, cerrojo y cañón.

3. El régimen de adquisición, almacenamiento, circulación, comercio y tenencia de municiones será, con carácter general y sin perjuicio de las normas especiales que las regulen, el relativo a la adquisición, almacenamiento, circulación, comercio y tenencia de las armas de fuego correspondientes.

4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Reglamento, y se regirán por la normativa especial dictada al efecto, la adquisición, tenencia y uso de armas por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Para el desarrollo de sus funciones también quedan excluidos los establecimientos e instalaciones de dichas Fuerzas y Cuerpos.

SECCIÓN 2.^a

Definiciones

Artículo 2.

A los efectos del presente Reglamento, en relación con las armas de fuego y con la munición para armas de fuego, se entenderá por:

a) «Arma de fuego corta»: El arma de fuego cuyo cañón no exceda de 30 centímetros o cuya longitud total no exceda de 60 centímetros.

b) «Arma de fuego larga»: Cualqueler arma de fuego que no sea un arma de fuego corta.

c) «Arma automática»: El arma de fuego que se recarga automáticamente después de cada disparo y con la que es posible efectuar varios disparos sucesivos al accionar el disparador una sola vez.

d) «Arma semiautomática»: El arma de fuego que despues de cada disparo se recarga automáticamente y con la que sólo es posible efectuar un disparo al accionar el disparador cada vez.

e) «Arma de repetición»: El arma de fuego que se recarga después de cada disparo, mediante un mecanismo accionado por el tirador que introduce en el cañón un cartucho colocado previamente en el depósito de municiones.

f) «Arma de un solo tiro»: El arma de fuego sin depósito de municiones, que se carga antes de cada disparo mediante la introducción manual de un cartucho en la recámara o en un alojamiento especial a la entrada del cañón.

g) «Munición con balas perforantes»: La munición de uso militar con balas blindadas de núcleo duro perforante.

h) «Munición con balas explosivas»: La munición de uso militar con balas que contengan una carga que explota por impacto.

i) «Munición con balas incendiarias»: La munición de uso militar con balas que contengan una mezcla química que se inflama al contacto con el aire o por impacto.

SECCIÓN 3.^a

Clasificación de las armas reglamentadas

Artículo 3.

Se entenderá por «armas» y «armas de fuego» reglamentadas, cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados o permitidos con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento los objetos que, teniendo en cuenta sus características, grado de peligrosidad y destino o utilización, se enumeran y clasifican en el presente artículo en las siguientes categorías:

1.^a categoría.

Armas de fuego cortas: Comprende las pistolas y revólveres.

2.^a categoría:

1. Armas de fuego largas para vigilancia y guardería; Son las armas largas que reglamentariamente se determinen por Orden del Ministerio del Interior o mediante decisión adoptada a propuesta o de conformidad con el mismo, como específicas para desempeñar funciones de vigilancia y guardería.

2. Armas de fuego largas rayadas: Se comprenden aquellas armas utilizables para caza mayor. También comprende los cañones es-

triados adaptables a escopetas de caza, con recámara para cartuchos como armas de guerra.

3.^a categoría:

1. Armas de fuego largas rayadas para tipo deportivo, de calibre 5,6 milímetros (22 americano), de percusión anular, bien sean de un disparo, bien de repetición o semiautomáticas.

2. Escopetas y demás armas de fuego largas de ánima lisa, o que tengan cañón con rayas para facilitar el plomeo, que los bancos de pruebas reconocidos hayan marcado con punzón de escopeta de caza, no incluidas entre las armas de guerra.

3. Armas accionadas por aire u otro gas comprimido, sean lisas o rayadas, siempre que la energía cinética del proyectil en boca exceda de 24,2 julios.

4.^a categoría:

1. Carabinas y pistolas, de tiro semiautomático y de repetición; y revólveres de doble acción, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

2. Carabinas y pistolas, de ánima lisa o rayada, y de un solo tiro, y revólveres de acción simple, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

5.^a categoría:

1. Las armas blancas y en general las de hoja cortante o punzante no prohibidas.

2. Los cuchillos o machetes usados por unidades militares o que sean imitación de los mismos.

6.^a categoría:

1. Armas de fuego antiguas o históricas, sus reproducciones y asimiladas, conservadas en museos autorizados por el Ministerio de Defensa, si son dependientes de cualquiera de los tres Ejércitos, y por el Ministerio del Interior, en los restantes casos.

2. Las armas de fuego cuyo modelo o cuyo año de fabricación sean anteriores al 1 de enero de 1870, y las reproducciones o réplicas de las mismas, a menos que puedan disparar municiones destinadas a armas de guerra o a armas prohibidas.

La antigüedad será fijada por el Ministerio de Defensa, que aprobará los prototipos o copias de los originales, comunicándolo a la Dirección General de la Guardia Civil.

3. Las restantes armas de fuego que se conserven por su carácter histórico o artístico, dando cumplimiento a lo prevenido en los artículos 107 y 108 del presente Reglamento.

4. En general, las armas de avancarga.

7.^a categoría:

1. Armas de inyección anestésica capaces de lanzar proyectiles que faciliten la captura o control de animales, anestesiándolos a distancia durante algún tiempo.

2. Las ballestas.

3. Las armas para lanzar cabos.
4. Las armas de sistema «Flobert».
5. Los arcos, las armas para lanzar líneas de pesca y los fusiles de pesca submarina que sirvan para disparar flechas o arpones, eficaces para la pesca y para otros fines deportivos.
6. Los revólveres o pistolas detonadoras y las pistolas lanzabengalas.

SECCIÓN 4.^a

Armas prohibidas

Artículo 4.

1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:

a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo.

b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales, en su culata o mecanismos, para alojar pistolas u otras armas.

c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín.

d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos.

e) Las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto.

f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.

g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas, combinadas con armas blancas.

h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los munchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.

2. No se considerará prohibida la tenencia de las armas relacionadas en el presente artículo por los museos, coleccionistas u organismos a que se refiere el artículo 107, con los requisitos y condiciones determinados en él.

Artículo 5.

1. Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de:

a) Las armas semiautomáticas de las categorías 2.^a.2 y 3.^a. 2 cuya capacidad de carga sea superior a cinco cartuchos, incluido el alojado en la recámara; o cuya culata sea plegable o eliminable.

b) Los «sprays» de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles, así como cualquier dispositivo que comprenda mecanismos capaces de proyectar sustancialmente estupefacientes, tóxicas o corrosivas.

De lo dispuesto en el presente apartado se exceptúan los «sprays» de defensa personal que, en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas que acrediten su mayoría de edad mediante la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte, autorización o tarjeta de residencia.

c) Las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares.

d) Los silenciadores aplicables a armas de fuego.

e) La cartuchería con balas perforantes, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles correspondientes.

f) Las municiones para pistolas y revólveres con proyectiles «dum-dum» o de punta hueca, así como los propios proyectiles.

g) Las armas de fuego largas de cañones recortados.

2. Queda prohibida la tenencia, salvo en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionismo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 107 de este Reglamento, de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.

Se exceptúan de la prohibición aquellas cuyos modelos hayan sido aprobados previamente por la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a la normativa dictada por el Ministerio del Interior.

3. Queda prohibido el uso por particulares de cuchillos, machetes y demás armas blancas que formen parte de armamentos debidamente aprobados por autoridades u organismos competentes. Su venta requerirá la presentación y anotación del documento acreditativo del cargo o condición de las personas con derecho al uso de dichos armamentos.

También se prohíbe la comercialización, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros, medidos desde el reborde o tope del mango hasta el extremo.

No se considerarán comprendidas en las prohibiciones anteriores la fabricación y comercialización con intervención de la Guardia Civil, en la forma prevenida en los artículos 12.2 y 106 de este Reglamento, la compraventa y la tenencia exclusivamente en el propio domicilio, con fines de ornato y coleccionismo, de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros.

SECCIÓN 5.^a

Armas de guerra

Artículo 6.

1. Se consideran armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares:

a) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros.

b) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.

c) Armas de fuego automáticas.

d) Las municiones para las armas indicadas en los apartados a) y b).

e) Los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas en los apartados a) a d), así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres.

f) Bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales.

g) Las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.

2. Corresponde al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa y del Interior, determinar las armas comprendidas en este artículo que pueden ser utilizadas como dotación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

SECCIÓN 6.^a

Intervención e inspección

Artículo 7.

En la forma dispuesta en este Reglamento, intervienen:

a) El Ministerio del Interior, en cumplimiento de la función de garantizar la seguridad pública y en ejercicio de las competencias en materia de armas, reguladas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, a través de la Dirección General de la Guardia Civil, en todas las funciones derivadas de la legislación vigente sobre armas y especialmente en la fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisi-

ción, enagenación, depósito, tenencia y uso de las armas, y a través de la Dirección General de la Policía, en la tenencia y uso de armas.

b) El Ministerio de Defensa, en cumplimiento de la función de salvaguardar la seguridad nacional, a través de la Dirección General de Armamento y Material, en la autorización de las instalaciones y fábricas de armas de guerra y en la fabricación y en la concesión de las autorizaciones de salidas de dichas armas de los centros de producción de las mismas.

c) El Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, en la regulación y gestión de las licencias de importación y exportación de armas reglamentadas en la autorización de instalaciones industriales y en la fabricación de las armas.

d) El Ministro de Asuntos Exteriores, mediante la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, en la autorización de tránsito por territorio español, de armas y municiones procedentes del extranjero.

A través de la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Ordenes, se realizarán las actuaciones oportunas, en colaboración directa con la Dirección General de la Guardia Civil, para tramitar la solicitud y concesión de las licencias y autorizaciones especiales de armas requeridas por:

- 1.º El personal español afecto al Servicio Exterior.
- 2.º Los extranjeros acreditados en las Embajadas, Oficinas consulares y Organismos internacionales con sede o representación ante el Reino de España.
- 3.º Los agentes de seguridad extranjeros en tránsito, o que acompañen a personalidades o autoridades de su país, en misión oficial.

Artículo 8.

1. Para efectuar la intervención, la Guardia Civil procederá a inspeccionar, cuantas veces lo considere preciso y sin necesidad de previo aviso, los diferentes locales de las fábricas, talleres, depósitos o comercios de armas, vehículos que las transporten, lugares de utilización de éstas y todos aquellos que se relacionen directamente con las actividades realizadas en los mismos.

2. Todas las Compañías territoriales de la Guardia Civil dispondrán, para su demarcación respectiva, de una Intervención de Armas ordinaria, sin perjuicio de las especiales que puedan establecerse en aquellas localidades en que el número de armas a controlar así lo haga necesario.

3. En la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Dirección General de la Guardia Civil, radicará el Registro Central de Guías y de Licencias.

Artículo 9.

1. La Dirección General de la Guardia Civil facilitará a los Servicios de la Dirección General de la Policía el acceso a cuanta información posea, relativa a autorizaciones y licencias de armas, y a sus guías de pertenencia.

2. Los indicados centros directivos deberán comunicarse oportunamente, por el medio más rápido, cualquier circunstancia de interés policial de que tuvieran conocimiento en materia de armas, como las relacionadas con el tráfico o el empleo ilícito de armas, pérdida o sustracción de armas o de sus documentaciones, decomiso de las mismas, enajenaciones o cualesquiera otras que afectarán a la tenencia y uso de armas, siempre que fuera necesario a efectos de descubrimiento y persecución de actos delictivos o infracciones.

SECCIÓN 7.^a*Armeros***Artículo 10.**

1. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «armero» toda persona física o jurídica cuya actividad profesional consista, en todo o en parte, en la fabricación, comercio, cambio, alquiler, reparación o transformación de armas de fuego.

2. Para el ejercicio de la actividad de armero en cualquiera de sus modalidades, se requerirá la obtención de una autorización previa, sobre la base de la comprobación de la honorabilidad privada y profesional del solicitante, de la carencia de antecedentes penales por delito doloso y del cumplimiento de los demás requisitos específicos prevenidos para cada uno de los supuestos en el presente Reglamento. Cuando se trate de personas jurídicas, los requisitos habrán de reunirlos las personas responsables de la dirección de las empresas.

3. En la forma dispuesta en el presente Reglamento, los armeros deberán llevar registros en los que consignarán todas las entradas y salidas de armas de fuego, con los datos de identificación de cada arma, en particular el tipo, la marca, el modelo, el calibre y el número de fabricación, así como el nombre y la dirección del proveedor y del adquirente. Las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil comprobarán periódicamente el cumplimiento de esta obligación por parte de los armeros. Los armeros conservarán dichos registros durante un período de cinco años, incluso tras cesar en la actividad, poniéndolos posteriormente a disposición de la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

4. Los titulares y directivos de las empresas que se dediquen a la fabricación de armas de fuego, han de ser ciudadanos españoles y tener su domicilio en territorio español.

Cuando la titularidad corresponda a una persona jurídica, además de ser ésta de nacionalidad española y tener su domicilio en España, deberán ser españoles sus representantes legales y la mitad más uno de los miembros del Consejo de Administración. Cualquier variación que afecte a los representantes o consejeros de la entidad, deberá ser notificada al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que la pondrá en conocimiento del Ministerio del Interior. En su caso, también deberá ser notificada la variación al Ministerio de Defensa.

La participación económica extranjera directa o indirecta en las empresas no podrá exceder, bajo ningún concepto, del 50 por 100 de su capital. Las alteraciones que se produzcan dentro de dicho porcentaje tendrán que comunicarse al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

CAPÍTULO I

Fabricación y reparación

(no se reproduce)

CAPÍTULO II

Circulación y comercio

SECCIÓN 1.^a

Circulación

Guías de circulación

Artículo 31.

1. La guía de circulación es el documento que ampara el traslado, sin licencia ni guía de pertenencia entre dos lugares, de armas de las categorías 1.^a, 2.^a, 3.^a y 6.^a y sus piezas fundamentales y de las armas completas de la categoría 7.1, 2, 3 y 4, aunque vayan despiezadas. Se ajustará a los modelos aprobados por la Dirección General de la Guardia Civil y será expedida por la Intervención de Armas correspondiente, una vez comprobadas las mercancías a que se refiere.

2. Si durante el trayecto se extraviase alguna guía, se extenderá un nuevo ejemplar que anulará el extraviado, quedando entre tanto la expe-

dición detenida bajo la vigilancia y custodia que determine la Intervención de Armas.

Artículo 32.

1. En la guía de circulación se reseñará la cantidad tipo, marca y, en su caso, modelo, calibre, serie y número de fabricación o contraseña de las armas; si el envío lleva piezas; los nombres del remitente, consignatario y destinatario; el número de envases y la marca y el detalle del precinto.

2. Las guías de circulación ordinarias serán de dos clases:

- A) Guías de circulación para el territorio nacional y para tránsito.
- B) Guías de circulación para la exportación e importación.

Artículo 33.

1. La guía de circulación para el territorio nacional y para tránsito se compondrá de tres cuerpos:

- a) Matriz para la Intervención de Armas de origen.
- b) Guía para el remitente, que debe acompañar siempre a la expedición.
- c) Filial para la Intervención de Armas de destino o la de salida del territorio nacional.

2. La guía para exportación e importación constará de cuatro cuerpos:

a) La matriz, que se archivará en la Intervención de Armas que la expida y que será la de la frontera de entrada en las importaciones, y la del lugar en que se inicie el envío, en los supuestos de exportaciones.

b) Guía, que deberá acompañar a la mercancía y será entregada al exportador o al importador o, en su caso, al agente de Aduanas que la despache para su presentación en la Aduana.

c) Copia para la Dirección General de la Guardia Civil.

d) Filial, que será remitida a la Intervención de Armas del lugar de la frontera por donde la expedición haya de salir del territorio nacional en caso de exportación, o a la de residencia del consignatario para el caso de importación.

Envases y precintos

Artículo 34.

Las armas reglamentadas de cualquier categoría y sus piezas fundamentales acabadas circularán en envases debidamente acondicionados para su seguridad durante el traslado.

Artículo 35.

1. Los envases para el comercio interior de armas de fuego no deberán contener más de 25 armas ni llevar armas cortas o largas de cañón estriado junto con escopetas de caza y asimiladas.

2. Los envases de armas de fuego para el comercio exterior pueden contener cualquier número de armas, siempre que ofrezcan suficientes garantías de seguridad.

Artículo 36.

Cada envase puede llevar cualquier número de piezas salvo que constituyan conjuntos ensamblables que puedan formar armas completas, en cuyo caso habrá de respetarse el límite del apartado 1 del artículo anterior: pero no pueden remitirse en un mismo envase ni reseñarse en la misma guía, armas o piezas que correspondan a distintos destinatarios.

Artículo 37.

Los envases de armas cortas o largas de cañón estriado, escopetas de caza y armas asimiladas han de ser precintados por las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil, o por los comerciantes de armas autorizados, que se responsabilizarán de su contenido.

Artículo 38.

1. Las Intervenciones de Armas de fronteras exteriores de la Comunidad Económica Europea, terrestres, marítimas y aéreas, por donde hayan de salir las expediciones de armas de territorio nacional, comprobarán los precintos y señales de los envases; los abrirán si tienen sospecha de que no son auténticos o han sido forzados; cotejarán la guía con la filial: se cerciorarán de que las armas son exportadas; y consignarán en las copias de las guías que reciban, el día de salida, casa consignataria, lugar de destino en el extranjero, y buque, aeronave o medio de transporte en que se envía.

2. Remitirán directamente a la Dirección General de la Guardia Civil la copia de las guías.

Envíos de armas

Artículo 39.

1. Los envíos habrán de hacerse por ferrocarril o por empresas de transportes marítimas, aéreas o terrestres, debiendo efectuarse a través de empresas de seguridad siempre que excedan de 25 armas cortas o 50 armas largas.

2. En la misma forma podrán ser remitidas armas de fuego por las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil o con destino a las mismas.

3. Las fábricas y armerías autorizadas podrán realizar los transportes utilizando sus propios medios.

4. En ningún caso podrán hacerse envíos o transportes de armas cargadas ni de armas conjuntamente con cartuchería susceptible de ser utilizada con las armas transportadas.

Artículo 40.

1. Los responsables de empresas de seguridad, los transportistas y los jefes de estaciones de transportes no admitirán envases que contengan armas de las determinadas en el artículo 31.1 o piezas fundamentales de las mismas, sin la presentación de la guía de circulación que habrá de acompañar a la expedición, cuyo número harán constar en la documentación que expidan y en ésta el de aquélla, debiendo figurar declaración del contenido, en la documentación y en el mismo paquete, en caracteres de suficiente claridad.

2. El despacho de las expediciones de armas tiene carácter preferente.

3. Los responsables de empresas de seguridad, jefes de estaciones y empresas de transportes deberán interesar la intervención de la Guardia Civil cuando fuera preciso a los fines de este Reglamento.

Artículo 41.

Cuando se trate de envíos destinados a Canarias, Ceuta o Melilla, la guía de circulación se remitirá a la Intervención de Armas del puerto o aeropuerto de embarque y, una vez que surta efectos en la misma, se enviará a la del lugar de destino.

Artículo 42.

1. Los fabricantes y comerciantes autorizados pueden facilitar a los cosarios o mandatarios hasta cinco armas de ánima lisa o asimiladas

(categoría 3.^a.2 y 3), siempre que vayan amparadas con su correspondiente guía de circulación y con autorización escrita de aquéllos.

2. Al particular que desee adquirir una escopeta en localidad distinta a la de su residencia, la Intervención de Armas correspondiente a dicha localidad podrá expedir, a la vista del parte de venta y de la licencia E, una guía de circulación de aquélla. El interesado se presentará posteriormente, dentro de un plazo de diez días, en la Intervención de Armas de su residencia y solicitará la expedición de la correspondiente guía de pertenencia.

Recepción de expediciones

Artículo 43.

1. Las empresas de seguridad y de transportes, cuando reciban cualquier envío de armas lo entregarán a la Intervención de Armas de la Guardia Civil o, en su caso, a los armeros destinatarios.

2. Si por error se encontrasen las armas circulando en lugar que no sea el que corresponda, bastara para la remisión a su destino que la Intervención de Armas de la Guardia Civil lo autorice en la misma guía.

3. Cuando los envíos hubiesen de ser reexpedidos a otros puntos del territorio nacional distintos de los consignados en las guías de circulación, se librarán nuevas guías con referencia a la filial recibida.

4. En los supuestos en que no se produzca la recepción de las expediciones, tanto si se trata de comercio interior e intracomunitario como de importaciones o exportaciones, se procederá en la forma prevenida en los artículos 168 y 169.

Artículo 44.

1. Cuando los particulares que sean destinatarios de envíos de armas reciban comunicación del remitente de haberles sido enviadas a la consignación de la Intervención de Armas, se presentarán en ésta provistos de la licencia o documento que les autorice para adquirirlas a fin de retirarlas previa documentación de las mismas, firmando su recepción en la filial de la guía de circulación.

2. En los mismos supuestos, si los destinatarios son comerciantes autorizados, éstos se harán cargo de la guía de circulación que acompañó a la expedición, así como de las armas, efectuando los correspondientes asientos de entrada en los libros del establecimiento, remitiéndola después a la Intervención de Armas.

SECCIÓN 2.^a

Comercio interior

Publicidad

Artículo 45.

1. Las armas de las categorías 1.^a y 2.^a sólo podrán ser objeto de publicidad en revistas, catálogos o folletos especializados. Podrán figurar en los anuncios las representaciones gráficas, las características del arma y los datos referentes a fabricante, vendedor y, en su caso, representante.

2. Queda prohibida la exhibición pública de armas de fuego y de reproducciones de las mismas, salvo en las ferias o exposiciones comerciales o en los establecimientos autorizados, de conformidad con lo dispuesto en el presente Reglamento.

Armerías y otros establecimientos

Artículo 46.

1. Para destinar un establecimiento a la exposición permanente o a la venta de armas de fuego al público es precisa la correspondiente autorización, que será expedida por el Gobernador civil de la provincia, si el solicitante tiene la condición de armero con arreglo al artículo 10 de este Reglamento, atendidas las preceptivas condiciones de seguridad del local. Tales condiciones de seguridad deberán ser aprobadas por el Gobernador civil, previo informe de la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

2. Concedida la autorización, el Gobierno Civil lo comunicará a la Dirección General de la Guardia Civil y a la Comandancia de la Guardia Civil correspondiente.

3. Dicha autorización tendrá carácter personal e intransferible; se extinguirá y habrá de ser nuevamente solicitada, siempre que se haya producido alteración de las circunstancias objetivas o subjetivas determinantes de su concesión y vigencia.

4. Lo dispuesto en el presente artículo respecto al titular del establecimiento, se entenderá referido, cuando se trate de personas jurídicas, a sus representantes legales.

Artículo 47.

1. Los comerciantes autorizados podrán tener depositadas, en locales cuyas medidas de seguridad hayan sido aprobadas por el Go-

bernador civil, las clases y el número de armas que figuren en sus autorizaciones.

2. Los comerciantes podrán disponer para su venta de las armas depositadas a que se refiere el párrafo anterior, previo cumplimiento de los correspondientes trámites.

Artículo 48.

1. Los titulares de los establecimientos autorizados para la venta de armas podrán tener en ellos armas de las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a, así como cartuchos para armas de dichas categorías, en el número y cantidad de las distintas categorías que se determinen en la propia autorización de apertura, o posteriormente por el Gobierno Civil, previo informe de la Intervención de Armas, no existiendo limitación de número respecto a las demás armas reglamentadas. Las Intervenciones de Armas únicamente informarán favorablemente el depósito de armas y municiones, cuando el establecimiento cumpla las medidas de seguridad establecidas reglamentariamente.

2. Las armas que no puedan estar en los establecimientos deberán estar depositadas en los locales a que se refiere el artículo anterior.

3. Para el almacenamiento y depósito de munición, deberá observarse además lo dispuesto al efecto en el vigente Reglamento de Explosivos.

Artículo 49.

1. Para adquirir armas de fuego en España será necesario haber obtenido una autorización previa a tal efecto.

2. No se podrá conceder dicha autorización a una persona residente en otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea cuando éste la exija en su territorio, salvo que conste fehacientemente en el procedimiento el consentimiento de las autoridades competentes de dicho Estado. Si no fuese preciso dicho consentimiento, pero la posesión de las armas de que se trate requiriese declaración en ese Estado, la adquisición será comunicada a sus autoridades.

3. No será necesaria dicha autorización especial de adquisición para personas residentes en España que previamente hubieran obtenido la licencia necesaria para el uso del arma de que se trate con arreglo a los artículos 96 y siguientes de este Reglamento, exceptuados los supuestos regulados en los artículos 100.4 y 132.2

Artículo 50.

Previo el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, se podrá efectuar la entrega de las armas de fuego a personas residentes en Estados miembros de la Comunidad Económica Europea distintos de España, cuando:

a) El adquirente haya recibido el permiso a que se refiere el artículo 73 de este Reglamento para efectuar la transferencia a su país de residencia.

b) El adquirente presente una declaración escrita y firmada que justifique su intención de poseer el arma de fuego en España, dando cumplimiento a todos los requisitos establecidos en este Reglamento para la tenencia y uso de armas.

Artículo 51.

1. El armero o particular que transmitiere la propiedad de un arma de fuego en la forma prevenida en los artículos siguientes, informará de toda cesión o entrega que tenga lugar en España, a la Intervención de Armas de la Guardia Civil, precisando:

a) La identidad del comprador o cesionario; si se trata de una persona física, su nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, dirección y número de pasaporte, de documento nacional de identidad o tarjeta o autorización de residencia, así como la fecha de expedición e indicación de la autoridad que los hubiere expedido; y si se trata de una persona jurídica, la denominación o razón social y la sede social, así como los datos reseñados, respecto de la persona física habilitada para representarla.

b) El tipo, marca, modelo, calibre, número de fabricación y demás características del arma de fuego de que se trate, así como, en su caso, el número de identificación.

c) La fecha de la entrega.

2. Si el adquirente fuera residente de otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, la Intervención de Armas dará conocimiento inmediato de la entrega a la autoridad competente del Estado de residencia, con inclusión de los referidos elementos de identificación del adquirente y del arma.

3. Cuando la entrega tenga lugar en otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea a una persona con residencia en España, el adquirente deberá comunicar dichos elementos de identificación, dentro de un plazo máximo de diez días desde la entrada en España, a la Dirección General de la Guardia Civil.

Artículo 52.

1. Las armerías formalizarán sus operaciones de venta de armas cortas, largas rayadas, escopetas y armas asimiladas, presentando a las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil el correspondiente parte de venta, indicando el calibre, marca, modelo y, número de cada arma.

2. Dicho parte deberá ir acompañado de la licencia de armas del comprador o, cuando se trate de titulares de licencia A, de la correspondiente guía de pertenencia, cuya vigencia comprobará la Intervención.

3. En el primer supuesto del apartado anterior, de resultar procedente la venta del arma, la Intervención extenderá la guía de pertenencia reglamentaria a los poseedores de licencia.

Artículo 53.

1. La Intervención de Armas de la Guardia Civil entregará la guía de pertenencia al armero vendedor, para que éste, en su establecimiento y bajo su responsabilidad, la entregue al comprador, juntamente con el arma documentada.

2. Cuando la entrega hubiera de efectuarse a compradores en localidad distinta a aquella en que radique el establecimiento vendedor, será la Intervención de Armas correspondiente al lugar en que hayan de recogerla la encargada de cumplimentar los trámites.

Artículo 54.

1. Las armas de sistema «Flobert» y las de avancarga serán entregadas por el fabricante o comerciante cuando el comprador se presente con la correspondiente guía de pertenencia.

2. La adquisición por coleccionistas de armas sistema «Flobert» y de armas de avancarga susceptibles de hacer fuego se documentará mediante la expedición en el acto, por el establecimiento vendedor, de un justificante con arreglo a modelo oficial, con el que, dentro de un plazo máximo de quince días, se presentará el arma y la autorización especial de coleccionista en la Intervención de Armas de la Guardia Civil, para que ésta extienda la diligencia correspondiente en dicha autorización.

3. Las armas de la categoría 4.^a se podrán adquirir y tener en el propio domicilio, sin otro trámite que la declaración de la venta, la clase de armas y los datos de identidad del adquirente al Alcalde del municipio de la residencia de éste y a la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

4. La adquisición de las armas de la categoría 7.^a, 5, requerirá la acreditación ante el establecimiento vendedor y su consignación en los correspondientes libros de las respectivas tarjetas deportivas en vigor.

5. Las armas de la categoría 7.^a, 6. se podrán adquirir previa acreditación de la mayoría de edad del comprador mediante la exhibición del documento nacional de identidad, pasaporte, tarjeta o autorización de residencia, cuyos datos deberán ser consignados en los correspondientes libros por el establecimiento vendedor.

Artículo 55.

Los comerciantes autorizados llevarán, con arreglo a los modelos y normas aprobados por la Dirección General de la Guardia Civil, un libro de entradas y salidas de armas en el que deberán hacer constar:

a) En los folios de entradas, la procedencia y reseña de las armas, la guía de circulación y el lugar de depósito de las mismas.

b) En los folios de salidas, los nombres y residencias de los compradores, la licencia de armas y la guía de pertenencia o circulación.

Artículo 56.

Además de las armerías reglamentariamente autorizadas, los tipos de establecimientos que seguidamente se determinan podrán dedicarse al comercio de la clase de armas que para cada uno de ellos se concreta:

a) Los establecimientos de venta de artículos deportivos que reúnan los requisitos fiscales pertinentes podrán, dando conocimiento previamente a la correspondiente Intervención de Armas de la Guardia Civil, dedicarse a la venta de armas accionadas por aire u otro gas comprimido, comprendidas en la 4.^a categoría y las de la 7.^a, 5 y 6, así como de armas de fuego inútiles o inutilizadas.

b) Los establecimientos comerciales de cualquier clase podrán dedicarse a la venta de armas antiguas o históricas originales y de sus réplicas o reproducciones, así como de armas de avancarga, susceptibles de hacer fuego, siempre que a tal efecto obtengan autorización previa de la correspondiente Intervención de Armas de la Guardia Civil y lleven libro de entradas y salidas de armas, en la forma prevista en el artículo 55. La Intervención de Armas podrá inspeccionar las existencias y documentación de las armas, de la misma forma que en las armerías.

SECCIÓN 3.^a

Viajantes

Artículo 57.

1. Los fabricantes y comerciantes autorizados en España comunicarán por escrito a la Dirección General de la Guardia Civil la iden-

tividad y datos personales de los viajeros o representantes que nombren.

2. Si el viajante o representante es de fabricante o comerciante no autorizado en España, deberá obtener permiso especial de la Dirección General de la Guardia Civil, que será valedero por un año.

3. Cada viajante o representante, adoptando las medidas de seguridad necesarias, puede llevar armas largas rayadas y armas largas de ánima lisa o asimiladas. De cada clase de sistema, modelo o calibre no podrá llevar más de un arma. Tampoco podrá llevar más de 250 cartuchos en total.

4. Para ello, la Intervención de Armas le expedirá una guía especial de circulación en la que se especificará el detalle de las armas y de la munición y se determinarán las provincias que pretenda recorrer. Si quisiera recorrer otras provincias distintas, habrá de presentarse en la Intervención de Armas más próxima, para obtener la oportuna guía.

Artículo 58.

1. Durante el tiempo en que no ejerzan su actividad, los viajeros podrán depositar los muestrarios en armerías, depósitos autorizados o Puestos de la Guardia Civil, bajo recibo.

2. Podrán probar las armas que lleven, previo conocimiento del Puesto o Intervención de Armas de la Guardia Civil de la localidad en que hayan de efectuarlo, pero precisamente en campos, polígonos o galerías de tiro autorizados.

3. En el caso de que los viajeros acreditados en España vayan a otros países que no sean miembros de la Comunidad Económica Europea, se les expedirán guías de circulación ordinarias en las que constará la expresa obligación de presentarse a la Intervención de Armas del punto de salida del territorio nacional, para que lo compruebe; y a su regreso del extranjero presentaran las mismas armas o justificación de las bajas, si las hubiera.

SECCIÓN 4.^a

Exportación e importación de armas

Artículo 59.

1. Los extranjeros no residentes en países miembros de la Comunidad Económica Europea, provistos de pasaporte o documentación que legalmente lo sustituya, así como los españoles que tengan su residencia habitual en el extranjero y acrediten tal circunstancia, si unos y otros

son mayores de edad podrán adquirir armas cortas, armas largas rayadas, escopetas de caza o armas asimiladas y armas de avancarga, antiguas o históricas, con arreglo a lo que se dispone en los artículos siguientes y con destino a sus países de residencia, siempre que estos no sean miembros de la Comunidad Económica Europea.

2. No obstante, si para llegar al país de destino las armas hubieran de circular en tránsito por países miembros de la Comunidad Económica Europea, el tránsito debiera comunicarse a las autoridades competentes de dichos países.

Artículo 60.

1. Las armas habrán de entregarse por el vendedor, debidamente preparadas, en la Intervención de Armas de la localidad, la cual, tras las adecuadas comprobaciones, precintará el embalaje y autorizará su envío a la Intervención de Armas del puerto, aeropuerto o frontera exterior de la Comunidad Económica Europea por donde el comprador vaya a salir del territorio nacional con destino a su país de residencia. Dichos precintado y envío podrán efectuarse directamente por el propio vendedor, cuando éste sea un armero autorizado.

2. La Intervención de Armas del puerto, aeropuerto o frontera, a través de los servicios aduaneros españoles en actuación conjunta con los mismos, procederá a comprobar que son facturadas en la forma prevenida o a entregarlas a los servicios de aduanas del país fronterizo, si la salida fuese por vía terrestre, sin que por ningún concepto puedan entregarse al interesado.

3. Si los servicios aduaneros del país de destino no autorizasen el paso de las armas, éstas serán devueltas a la Intervención de Armas de su procedencia, donde quedarán depositadas a efectos de cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IX de este Reglamento.

Artículo 61.

Como excepción a lo establecido en el artículo anterior, si los compradores pretendiesen hacer uso de las escopetas de caza adquiridas durante su estancia en España habrán de encontrarse en posesión de la correspondiente licencia de caza y obtener una autorización especial del Gobernador civil de la provincia correspondiente, indicando los lugares y fechas en que proyectasen utilizar las armas, en número que no podrá exceder de tres, así como el puerto, aeropuerto o frontera de salida de las mismas, lo que se comunicará a las respectivas Comandancias de la Guardia Civil. Dicha autorización se expedirá por tiempo no superior a dos meses y podrán ser concedidas a su titular hasta dos prórrogas por

iguales períodos de tiempo y en la forma indicada anteriormente. Será de aplicación a este supuesto lo establecido en los apartados 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 110.

Artículo 62.

La salida de las armas por vía terrestre se realizará por los puntos fronterizos expresamente habilitados al efecto, cuando así lo exigieren compromisos internacionales.

Artículo 63.

Las ventas realizadas serán comunicadas por la Intervención de Armas a la Dirección General de la Guardia Civil, indicando:

- a) Nombre del comprador.
- b) Nacionalidad y número de pasaporte o documento de identidad que legalmente lo sustituya.
- c) Tipo, marca, modelo, calibre y número de cada arma.
- d) Número y fecha de la guía de circulación expedida.
- e) Lugar de salida del territorio nacional.

Artículo 64.

1. Todas las expediciones de armas para exportación deberán ser presentadas a las aduanas para su correspondiente despacho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de este Reglamento.

2. Las exportaciones temporales de armas a países que no sean miembros de la Comunidad Económica Europea podrán efectuarse por españoles o extranjeros residentes en España, siguiéndose los trámites prevenidos en el artículo 58,3.

3. Si los servicios aduaneros del país de destino no permitieran el paso de las armas, una vez efectuados por las aduanas españolas los trámites pertinentes, serán devueltas y entregadas a la Intervención de Armas de su procedencia, en donde quedarán depositadas a los efectos prevenidos en el capítulo IX de este Reglamento.

Artículo 65.

1. La importación de armas clasificadas en el artículo 3 de este Reglamento, en las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a y sus partes y piezas fundamentales, queda sujeta a autorización.

2. Las autorizaciones serán concedidas por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, previo procedimiento administrativo y con informe favorable de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos.

3. Toda persona física o jurídica que se dedique a la importación de armas está obligada: A llevar un registro completo y preciso de cuantas transacciones lleve a cabo; a comunicar, a requerimiento de las autoridades competentes, la información contenida en el mismo, y a facilitar a dichas autoridades la realización de los controles necesarios de los locales en que tengan depositadas las armas y municiones, que deberán reunir suficientes medidas de seguridad a juicio de la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento.

4. La importación deberá efectuarse a través de la aduana que figure en la correspondiente autorización, si bien los importadores que deseen cambiar de aduana para los productos importados podrán solicitarlo, con la suficiente antelación, de la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Dirección General de la Guardia Civil. La Dirección General de la Guardia Civil, en su caso, autorizará tal cambio de aduana, comunicándolo a la Intervención de Armas correspondiente, para la expedición de las oportunas guías.

5. Si las armas importadas hubieran de entrar en España desde otros países miembros de la Comunidad Económica Europea por los que hubieran circulado en tránsito, habrá de darse cumplimiento a lo dispuesto sobre información y documentación para traslado y entrada en España en los artículos 72 y siguientes.

6. La importación especial de armas para pruebas y las correspondientes municiones, a realizar por el Ministerio de Defensa o por los Servicios de Armamento de las Direcciones Generales de la Guardia Civil y de la Policía, deberá ser comunicada, con suficiente antelación, especificando el destino final de las armas a la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Dirección General de la Guardia Civil, que cursará las instrucciones oportunas a las correspondientes Intervenciones de Armas.

Artículo 66.

1. Las aduanas no despacharán remesa alguna de armas o de sus piezas fundamentales sin la presencia de la Guardia Civil, a la que deberán requerir con tal objeto. Una vez despachadas aquéllas, serán entregadas o puestas a disposición de la Intervención de Armas a efectos de custodia, circulación y tenencia.

2. Las armas de todas las categorías deberán figurar siempre manifestadas con su denominación específica, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado.

3. Siempre que lleguen a los recintos aduaneros expediciones de armas para ser objeto de despacho en las distintas modalidades del tráfico exterior, cualquiera que sea el régimen de transporte empleado, se llevarán a cabo los trámites que procedan, mediante la actuación conjunta de la aduana y de la Intervención de Armas en el ámbito de sus específicas competencias. En los respectivos documentos que expidan, dejarán constancia de la relación existente entre los mismos.

4. Las aduanas deberán comunicar a las Intervenciones de Armas los despachos que efectúen de importaciones temporales de armas para reparación.

5. Siempre que se importen armas en régimen TIR o TIF, las aduanas de los puestos de fronteras habilitados para la entrada de armas en territorio español deberán poner inmediatamente el hecho en conocimiento de las Intervenciones de Armas, a fin de que puedan adoptar las medidas precautorias y de vigilancia que se establecen; en el apartado 1 del artículo 71.

6. Las armas de fuego de fabricación extranjera que no lleven marca de los bancos de pruebas reconocidos serán remitidas por las aduanas a los bancos oficiales para su punzonado; si éstos no las marcaran, serán devueltas a las aduanas de procedencia, no pudiendo ser despachadas.

SECCIÓN 5.^a

Tránsito de armas

Artículo 67.

1. El tránsito de armas por territorio español deberá ser objeto de autorización previa y quedará sometido al condicionado que en la misma se fije.

2. Se concederá la autorización si el solicitante reside, tiene sucursal abierta o designa un representante responsable en territorio español por el tiempo que dure el tránsito. Dicho representante podrá ser designado por la Embajada en España del país de origen de la expedición, bajo su responsabilidad.

3. Se exceptúan del régimen de autorización los casos de tránsito de hasta dos armas de las categorías 2.^a, 3.^a, 4.^a, 6.^a y 7.^a, que transporten consigo, desmontadas en su caso, y dentro de sus cajas o fundas sus propietarios. En estos supuestos, las armas pasaran por territorio español amparadas por una guía de circulación de clase A, expedida por la Intervención de Armas, y por un pase de importación temporal, expedido por la aduana de entrada, con exigencia de garantía suficiente para cubrir la

sanción máxima en que pudiera incurrirse en caso de que no se produzca la salida de España.

Artículo 68.

1. La autorización de tránsito se solicitará del Ministerio de Asuntos Exteriores, haciendo constar en la solicitud:

- a) Remitente, destinatario y persona responsable de la expedición.
- b) Puntos de origen y destino.
- c) Clases de armas objeto de la expedición, con indicación de las marcas y señales de las mismas y concretamente del número de las piezas, en su caso.
- d) Peso total de la mercancía y número de bultos o paquetes en que se envía la misma.
- e) Características de las armas, piezas y embalajes.
- f) Aduanas de entrada y salida e itinerario que se desea seguir, con indicación de las paradas técnicas que, en su caso, se estimen necesarias.
- g) Medios de transporte y características de los mismos.

2. A la solicitud se adjuntará copia de la documentación que ampare la expedición, extendida por el país de origen.

Artículo 69.

1. El Ministerio de Asuntos Exteriores dará cuenta de la petición al Ministerio del Interior y al Ministerio de Defensa cuando se trate de armas de guerra, con antelación suficiente, que no podrá ser inferior a veinticuatro horas respecto a la fecha prevista para la realización del tránsito, con objeto de que puedan formular las observaciones o disponer los servicios que consideren pertinentes.

2. Si procede, el Ministerio de Asuntos Exteriores concederá la autorización correspondiente, en la que determinará el condicionado a que queda sometida la expedición debiendo comunicar la concesión al mismo tiempo que al interesado a los Ministerios del Interior y de Obras Públicas y Transportes, al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y, en su caso, al Ministerio de Defensa.

Artículo 70.

1. En caso de que el tránsito se realice por vía terrestre o se prevea su detención en territorio español, las armas o piezas deberán ir acondi-

cionadas para permitir que sean precintadas fácilmente por la aduana correspondiente.

2. Si las armas procedieran directamente de otro país miembro de la Comunidad Económica Europea, habrá de darse cumplimiento de lo prevenido al respecto en el artículo 72 y siguientes.

Artículo 71.

1. La Dirección General de la Guardia Civil dictará las instrucciones pertinentes a fin de que las expediciones vayan custodiadas o se tomen las medidas que crea convenientes para la debida seguridad del tránsito, según el medio de transporte a emplear y la importancia de la mercancía.

2. Si por avería del medio de transporte o cualquier otra causa imprevista el tránsito no pudiera efectuarse conforme a los términos de la autorización concedida, la persona responsable de la expedición pondrá inmediatamente los hechos acaecidos en conocimiento de la Guardia Civil, que los comunicará al Gobernador civil a efectos de que por el mismo se adopten las medidas que se consideren oportunas, en comunicación con los Directores provinciales de los Ministerios afectados.

3. Cuando la realización del tránsito ocasione gastos, incluso los de personal de escolta y custodia de la expedición, será de cargo de la persona que solicitó la autorización el abono de la tasa correspondiente en la cuantía y en la forma que legalmente se determinen.

SECCIÓN 6.^a

Transferencias de armas

Artículo 72.

1. Se registrarán por lo dispuesto en la presente sección todas las transferencias de armas de fuego que se efectúen desde España a los demás países miembros de la Comunidad Económica Europea y desde éstos a España.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 112 de este Reglamento, las armas de fuego sólo podrán transferirse desde España a otro país miembro de la Comunidad Económica Europea y circular por España procedentes de otros países de la misma con arreglo a lo previsto en los artículos siguientes, que se aplicarán a todos los supuestos de transferencias de armas de fuego.

Artículo 73.

1. Para la transferencia de armas de fuego desde España a otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, el interesado solicitará autorización de transterencia a cuyo efecto comunicará a la Intervención de Armas de la Guardia Civil del lugar en que se encuentren las armas, antes de su expedición.

a) Los datos determinados en el artículo 51.1, a), de este Reglamento.

b) La dirección del lugar al que se enviarán o transportarán las armas.

c) El número de armas que integren el envío o el transporte.

d) Los datos determinados en el artículo 51.1, b), y además, la indicación de si las armas de fuego portátiles han pasado el control de conformidad con las disposiciones del Convenio de 1 de julio de 1969, relativo al reconocimiento mutuo de los sellos de contrastes de las armas de fuego de tales armas.

e) El medio de transferencia.

f) La fecha de salida y la fecha estimada de llegada.

No será necesario comunicar la información requerida bajo los párrafos e) y f) anteriores en los casos de transferencias entre armeros autorizados.

2. A la solicitud de autorización se acompañará, siempre que sea necesario, teniendo en cuenta la naturaleza de las armas objeto de transferencia, el permiso o consentimiento previo del Estado miembro de la Comunidad Económica Europea de destino de aquéllas.

3. La Intervención de Armas de la Guardia Civil examinará las condiciones en que se realiza la transferencia, con objeto de determinar si se garantiza la seguridad de la misma.

4. Si se cumplen los requisitos prevenidos la Intervención de Armas expedirá una autorización de transferencia en la que se harán constar todos los datos exigidos en el apartado 1 del presente artículo. Esta autorización deberá acompañar a las armas de fuego hasta su destino y deberá presentarse a requerimiento de las autoridades de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, de tránsito y de destino.

Artículo 74.

1. La Dirección General de la Guardia Civil podrá conceder a los armeros autorizados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10, la facultad de realizar transferencias de armas de fuego desde España a armeros establecidos en otro Estado miembro de la Comunidad Económica Europea, sin necesidad de la autorización previa a que se refiere el artículo

73. A tal fin, a petición del interesado expedirá una autorización, válida durante un período que no podrá exceder de tres años, la cual podrá ser anulada o suspendida en cualquier momento mediante decisión motivada de la propia Dirección General. Una copia autorizada de la declaración a que se refiere el apartado 2 de este artículo deberá acompañar a las armas de fuego durante todas las expediciones que se efectúen a su amparo, y habrá de presentarse a requerimiento de las autoridades de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea de tránsito y de destino.

2. Cuando se vaya a efectuar cada transterencia, el armero autorizado habrá de prestar declaración ante la correspondiente Intervención de Armas de la Guardia Civil, en la que, haciendo referencia a la propia autorización y, en su caso, al permiso o consentimiento previo del país de destino, incorporará respecto a las armas objeto de transferencia todos los datos relacionados en el apartado 1 del artículo 73.

3. La Intervención de Armas devolverá visada al armero la declaración que habrá de acompañar en todo momento a la expedición.

Artículo 75.

1. La Dirección General de la Guardia Civil enviará toda la información pertinente de que disponga, sobre las transterencias definitivas de armas de fuego, a las autoridades correspondientes del Estado miembro de la Comunidad Económica Europea hacia cuyo territorio se efectúe cada transferencia y, en su caso, a las de los países comunitarios.

2. En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, a más tardar, en el momento de iniciarse la transferencia, la Dirección General de la Guardia Civil comunicará a las indicadas autoridades la información disponible en aplicación de los procedimientos previstos en los artículos 51, 73, 74 y 96.1, sobre adquisición y tenencia de armas de fuego por no residentes en España.

3. La Dirección General de la Guardia Civil comunicará, en su caso, oportunamente a los armeros a que se refiere el artículo anterior la lista de las armas de fuego que se pueden transferir a los restantes países de la Comunidad Económica Europea sin el consentimiento previo de sus autoridades respectivas.

Artículo 76.

1. La entrada y circulación en España de armas de fuego procedentes de otros países miembros de la Comunidad Económica Europea requerirá la obtención de permiso previo con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo, salvo que se trate de armas exentas de acuerdo con lo establecido en el apartado 7.

2. El permiso se expedirá a solicitud del interesado y únicamente podrá concederse previa aportación respecto a las armas de que se trate de la información determinada en el apartado 1 del artículo 73, que habrá de ser facilitada por las autoridades competentes del país de procedencia.

3. Corresponde a la Dirección General de la Guardia Civil la competencia para la recepción de la solicitud y de la indicada información y para otorgar, si procede, previa comprobación de que se trata de armas no prohibidas a particulares y de que el interesado reúne los requisitos personales exigidos por el presente Reglamento, el necesario permiso previo.

4. Para entrar y circular por territorio español, las armas deberán estar acompañadas en todo momento de la autorización expedida por las autoridades competentes del país de procedencia, en la que deberá figurar reseñado o a la que habrá de adjuntarse copia del permiso a que se refiere el apartado anterior.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando se trate de transferencias entre armeros, titulares de autorizaciones periódicas de transferencias, la entrada y circulación en España deberá ser documentada, mediante declaración del expedidor visada por la autoridad competente del país comunitario de origen y comunicada oportunamente a la Dirección General de la Guardia Civil.

6. Las armas, tan pronto como hayan entrado en territorio español, deberán ser presentadas a la Intervención de Armas de la Guardia Civil más próxima, que realizará las comprobaciones pertinentes, extendiendo la correspondiente diligencia en la autorización o declaración que acompañe a la expedición.

7. Corresponde al Ministro del Interior, teniendo en cuenta consideraciones de seguridad ciudadana, la facultad de determinar las armas de fuego cuya transferencia a España puede efectuarse sin la autorización regulada en el presente artículo, debiendo, en este caso, comunicar la lista de las armas afectadas a las autoridades correspondientes de los restantes países miembros de la Comunidad Económica Europea.

SECCIÓN 7.^a

Ferias y exposiciones

Artículo 77.

1. Para la exhibición de armas de fuego en ferias y exposiciones, la comisión organizadora o los representantes de las casas comerciales interesadas habrán de solicitar autorización de la Dirección General de la Guardia Civil, la cual, al concederla, señalará el servicio de vigilancia que ha de establecer la organización, sin perjuicio de prestar servicio propio cuando lo considere necesario.

2. En todo caso se observarán las normas generales establecidas sobre salida de fábrica, circulación y depósito de las armas; y cuando proceda habrá de obtenerse la oportuna autorización de importación temporal.

CAPÍTULO III

Medidas de seguridad en la fabricación, circulación y comercio

(no se reproduce)

CAPÍTULO IV

Documentación de la titularidad de las armas

SECCIÓN 1.^a

Guías de pertenencia

Artículo 88.

Para la tenencia de las armas de las categorías 1.^a, 2.^a, 3.^a, 6.^a y 7.^a; 1, 2, 3 y 4, cada arma habrá de estar documentada con su correspondiente guía de pertenencia.

Artículo 89.

1. Las guías de pertenencia serán expedidas a los titulares de las armas por las Intervenciones de Armas, excepto al personal relacionado en el artículo 114 al que se las expedirán las autoridades que se determinan en el artículo 115. Las guías de pertenencia de las armas de fuego para lanzar cabos las expedirán las Comandancias de la Guardia Civil, previo informe de las Comandancias de Marina.

2. En la guía de pertenencia, extendida en el correspondiente impreso confeccionado por la Dirección General de la Guardia Civil, se harán constar el número del documento nacional de identidad o documento equivalente y los datos personales del propietario del arma, así como los de la licencia correspondiente; contendrá una reseña completa del arma; y la acompañará siempre, en los casos de uso, depósito y transporte.

3. En los casos en que el titular de las armas sea un organismo entidad o empresa, se hará constar su denominación o razón social en el lugar correspondiente de la guía.

4. En la misma guía del arma se reseñarán, en su caso, los cañones, tambores, calibres y subcalibres intercambiables que se adquieran para usar con aquélla, siempre que no supongan cambio de categoría del arma.

SECCIÓN 2.^a*Revista de armas***Artículo 90.**

1. Las armas de las categorías 1.^a y 2.^a, y en todo caso las de concurso pasarán revista cada tres años y las demas armas que precisen guía, cada cinco años.

2. Las revistas las pasarán:

a) El personal relacionado en el artículo 114, en el mes de abril ante las autoridades de que dependan, las cuales deberán dar cuenta de aquellos que no lo hubieran efectuado a las autoridades sancionadoras competentes.

b) Los funcionarios afectos al servicio exterior, durante el indicado mes de abril, ante el correspondiente Jefe de Misión, quien lo comunicará seguidamente al Ministerio de Asuntos Exteriores. Este, a su vez, lo comunicará inmediatamente a la intervención Central de Armas y Explosivos de la Guardia Civil.

c) Los poseedores de licencia C pasarán revista durante el mes de mayo ante la Intervención de Armas correspondiente.

d) Todos los demás titulares de guías de penencia, en las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil, dentro del mes correspondiente a la renovación de la licencia; efectuándolo el personal a que se refiere el artículo 7.d) 2.º, a través de la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Ordenes del Ministerio de Asuntos Exteriores.

3. Las anotaciones de la revista de armas se llevarán a cabo en la forma que se determine y se realizarán por los Interventores de Armas, excepto cuando se trate del personal a que se refiere el apartado 2.a) y b), cuyas anotaciones las llevarán a cabo las autoridades correspondientes o personas en que deleguen.

4. Para el pase de la revista, es inexcusable la presentación del arma, personalmente o por medio de tercero debidamente autorizado por escrito.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 157, el hecho de no pasar dos revistas consecutivas será causa de anulación y retirada de la guía de pertenencia, debiendo quedar el arma depositada y seguirse el destino establecido en el artículo 165 de este Reglamento.

SECCIÓN 3.^a*Cesión temporal de armas***Artículo 91.**

1. Tanto los españoles como los extranjeros residentes en España podrán prestar sus armas de caza a quienes estén provistos de licencia de

caza y de la licencia de arma larga rayada para caza mayor o escopeta correspondiente, según los casos, con una autorización escrita, fechada y firmada, para su uso durante quince días como máximo y precisamente para cazar. También se podrán prestar, con autorización escrita, pistolas, revólveres y armas de concurso, para la práctica de tiro deportivo, a quienes estén reglamentariamente habilitados para su uso. Las armas se prestarán siempre con sus guías de pertenencia.

2. Con igual autorización y a los mismos efectos, podrán prestarse las documentadas con tarjeta de armas, acompañadas de este documento.

SECCIÓN 4.^a

Cambio de titularidad

Artículo 92.

Las armas no pueden enajenarse, prestarse ni pasar por ningún concepto a poder de otro que no sea el titular de la guía de pertenencia, salvo en los casos que se regulan en los artículos 90.4 y 91 y en los supuestos contemplados en los artículos siguientes, con el cumplimiento de los requisitos respectivos.

Artículo 93.

1. En caso de fallecimiento del titular, los herederos o albaceas deberán depositar las armas en la Intervención de Armas de la Guardia Civil, tratándose de particulares, y en los servicios de armamento de sus propios Cuerpos o Unidades, si son titulares de licencia A, donde quedarán durante un año a su disposición por si alguno de ellos pudiese legalmente adquirirlas y quisiera hacerlo. El depósito deberán efectuarlo tan pronto como tengan conocimiento de la obligación de hacerlo y en cualquier caso dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento.

2. Durante el indicado plazo de un año, también podrán los herederos enajenar el arma con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente o recuperarla, documentándola o inutilizándola, en la forma prevenida respectivamente en los artículos 107 y 108, para conservarla como recuerdo familiar o afectivo.

3. Transcurrido dicho plazo sin que el arma hubiera recibido ninguno de los destinos previstos en los apartados anteriores se enajenará en pública subasta y se entregará su importe a los herederos o se ingresará a su disposición en la Caja General de Depósitos.

4. Al depositar las armas, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1, se entregarán las guías de pertenencia para su anulación y comunicación al Registro Central de Guías y de Licencias.

Artículo 94.

1. El particular que desee enajenar un arma tiene que hacer la cesión a persona que posea la licencia, tarjeta o certificado de inutilización correspondientes, siempre que sea necesario con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento.

2. La cesión se hará con conocimiento de la Intervención de Armas, la cual recogerá la guía de pertenencia del vendedor y, a la vista del arma, extenderá una nueva al comprador en la forma prevenida.

3. La guía de pertenencia recogida se anulará y se enviará a la Dirección General de la Guardia Civil para su anotación en el Registro Central de Guías y de Licencias.

4. Cuando el cedente o el adquirente posean licencia A, interviendrá también la autoridad que corresponda de las determinadas en el artículo 115 en lo que le afecte.

5. Si el cedente y el adquirente poseen ambos licencia A, interviendrán solamente las autoridades aludidas en el apartado anterior.

Artículo 95.

1. Igualmente podrán ser enajenadas las armas de fuego por sus titulares a comerciantes debidamente autorizados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46, quienes las deberán hacer constar en el libro a que se refiere el artículo 55.

2. La enajenación se efectuará con conocimiento de la Intervención de Armas y, en su caso, de las autoridades determinadas en el artículo 115, debiendo retirar la guía de pertenencia del vendedor, que será anulada, y dar cuenta a la Dirección General de la Guardia Civil para su anotación en el Registro Central de Guías y de Licencias.

CAPÍTULO V**Licencias, autorizaciones especiales y tarjetas de armas****SECCIÓN 1.^a***Licencias en general y tarjetas***Licencias en general****Artículo 96.**

1. Nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego en territorio español sin disponer de la correspondiente autorización expedida por los

órganos administrativos a quienes este Reglamento atribuye tal competencia. Si se tratara de personas residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea distinto de España, la concesión de la autorización deberá ser comunicada a la autoridad competente de dicho Estado.

2. La tenencia y el uso de las armas de las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a precisará de licencia de armas.

3. La licencia de armas A, con la eficacia de las licencias B, D y E, reguladas en los artículos 99 a 104 de este Reglamento documentará las armas de las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a de propiedad privada del personal de los Cuerpos Específicos de los Ejércitos, de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de Vigilancia Aduanera.

4. Las demás licencias para armas de las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a serán:

a) La licencia de armas B para armas de fuego cortas de particulares.

b) La licencia C, para armas de dotación del personal de vigilancia y seguridad no comprendido en el apartado 3.

c) La licencia D de arma larga rayada para caza mayor.

d) Los poseedores de armas de las categorías 3.^a y 7.^a, 2 y 3, precisarán licencia de armas E.

5. La licencia de armas F documentará las armas de concurso de tiro deportivo de afiliados de federaciones deportivas que utilicen armas de fuego para la práctica de la correspondiente actividad deportiva.

6. Para llevar y usar armas de la categoría 4.^a se necesita obtener tarjeta de armas.

7. Los poseedores de armas de las categorías 6.^a y 7.^a, 4, deberán documentarlas en la forma prevenida en el artículo 107.

8. Las autorizaciones de tenencia de fusiles de inyección anestésica deberán ser específicas para su uso en lugares concretos, y para poder adquirir dichas armas será necesaria la exhibición de las autorizaciones a los establecimientos vendedores que, previa comprobación de las mismas, anotarán la venta en los libros correspondientes.

9. Para la posesión y uso de armas combinadas que participen de las características de armas de más de una categoría, cuyo régimen no se halle especialmente determinado, se tendrá en cuenta, a efectos de documentación, el arma componente de mayor peligrosidad y habrá de obtenerse la autorización de menor duración y correspondiente a las armas que precisen mayores garantías a efectos de seguridad.

Artículo 97.

1. La solicitud de expedición de las licencias de armas habrá de presentarse en la Intervención de Armas de la Guardia Civil corres-

pondiente al domicilio del interesado, acompañada de la siguiente documentación:

a) Certificado de antecedentes penales en vigor.

b) Fotocopia del documento nacional de identidad en vigor o, en su caso, de la tarjeta de autorización de residencia, que será cotejada con su original y devuelta al interesado.

c) Informe de las aptitudes psicofísicas.

2. Los órganos encargados de la instrucción del procedimiento realizarán una información sobre la conducta y antecedentes del interesado, cuyo resultado elevarán a la autoridad competente para resolver, juntamente con la solicitud y documentación aportada. Cuando se solicite la concesión de las licencias D para armas de la categoría 2.^a, 2 y de las licencias E para armas de la categoría 3.^a, 2, dicha información se referirá también a la dedicación real del interesado al ejercicio de la caza o de los deportes correspondientes, que podrá ser acreditada por los solicitantes mediante exhibición de las correspondientes licencias de caza y tarjetas federativas en vigor.

3. Las licencias se expedirán en los correspondientes impresos confeccionados por la Dirección General de la Guardia Civil.

4. En toda autorización, licencia o tarjeta, deberá figurar el número del documento nacional de identidad o documento equivalente y los datos personales, cuando el titular sea persona física, y el número del código de identificación, la denominación y domicilio, cuando el titular sea persona jurídica.

5. La vigencia de las autorizaciones concedidas y de los reconocimientos de coleccionistas efectuados estará condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento para su otorgamiento, pudiendo los órganos competentes para su expedición comprobar en cualquier momento tal mantenimiento y procediendo a revocarlas en caso contrario.

Aptitudes físicas y psíquicas

Artículo 98.

1. En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno.

2. Para solicitar las licencias y autorizaciones especiales de armas, además de la documentación requerida para cada supuesto en los correspondientes artículos de este Reglamento, los interesados deberán acreditar la posesión de las aptitudes psíquicas y físicas adecuadas y los

conocimientos necesarios sobre conservación, mantenimiento y manejo de las armas, en la forma prevenida.

3. La acreditación de las aptitudes psíquicas y físicas necesarias para poder obtener la concesión, así como la renovación de licencias y autorizaciones especiales para la tenencia y uso de armas, deberá llevarse a cabo mediante la presentación, ante las oficinas instructoras de los procedimientos, del correspondiente informe de aptitud.

4. De lo dispuesto en el apartado anterior se exceptúa el personal que se encuentre en activo o en la situación que se estime reglamentariamente como tal, de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Expedición de licencias B, D y E a particulares

Artículo 99.

1. La licencia de armas B solamente podrá ser expedida a quienes tengan necesidad de obtenerla, y será competente para concederla la Dirección General de la Guardia Civil.

2. En la solicitud o en memoria adjunta se harán constar con todo detalle los motivos que fundamenten la necesidad de la posesión de arma corta, acompañando a aquélla cuantos documentos desee aportar el solicitante, que sirvan para fundamentar la necesidad de usar el arma, teniendo en cuenta que la razón de defensa de personas o bienes, por si sola no justifica la concesión de la licencia, cuya expedición tendrá carácter restrictivo, limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial y de necesidad.

3. La oficina receptora, con su informe, dará curso a la solicitud; el Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil, con el suyo, la remitirá al Gobernador civil de la provincia.

4. El Gobernador civil a la vista de los datos y los antecedentes aportados, emitirá su informe que, junto a la preceptiva documentación, enviará a la Dirección General de la Guardia Civil.

5. La Dirección General de la Guardia Civil, en el caso de que sea favorable el informe del Gobierno Civil, valorando objetivamente los antecedentes, hechos y criterios aportados, y previas las comprobaciones pertinentes, concederá la licencia o la denegará motivadamente, según las circunstancias de cada caso.

6. Estas licencias tendrán tres años de validez, al cabo de los cuales, para poder usar las armas autorizadas con ellas, habrán de solicitarse nuevas licencias en la misma forma que las anteriores. Nadie podrá poseer más de una licencia B, y cada licencia no amparará más de un arma.

Artículo 100.

1. Quienes precisen armas de la categoría 2.^a, 2, deberán obtener previamente licencia D.

2. Nadie podrá poseer más de una licencia D, que tendrá tres años de validez y autorizará para llevar y usar hasta cinco armas de la categoría 2.^a, 2.

3. La competencia para concederla corresponde al Director general de la Guardia Civil, que podrá delegarla.

4. Con la licencia D se podrá adquirir un arma de la categoría 2.^a, 2. La adquisición de cada una de las restantes requerirá la obtención previa de una autorización especial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49 y siguientes de este Reglamento.

5. Las armas de la categoría 2.^a, 2, deberán ser guardadas:

a) En los propios domicilios de sus titulares, en cajas fuertes o armeros autorizados, con las medidas de seguridad necesarias, aprobadas por la Intervención de Armas de la Guardia Civil, que podrá comprobarlas en todo momento.

b) En los locales de empresas o entidades especializadas en la custodia de armas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 y 144 de este Reglamento.

6. La adquisición, tenencia y uso de las alzas o miras telescópicas o artificios adaptables a las armas de caza mayor para aumentar su eficacia, solamente se permitirán a las personas que acrediten poseer licencia D para armas de caza mayor ante los establecimientos de venta, los cuales deberán comunicarlo a la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

Artículo 101.

1. Las armas de las categorías 3.^a y 7.^a, 2 y 3, precisarán una licencia E de armas, que autorizará para poseer, llevar y usar las armas de dichas categorías. Su número no excederá de seis escopetas o de seis armas largas rayadas para tiro deportivo, ni de doce armas en total.

2. Nadie podrá poseer más de una licencia E, que tendrá cinco años de validez.

3. Será concedida por los Gobernadores civiles y por los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, quienes podrán delegar en los primeros Jefes de las Comandancias de la Guardia Civil.

4. Las licencias de armas de fuego para lanzar cabos serán expedidas por los Gobernadores civiles, previo informe de los Comandantes de Marina.

Artículo 102.

1. Las licencias para armas de las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a solamente podrán ser expedidas a los españoles y extranjeros con residencia en España, que sean mayores de edad.

2. Sólo podrán obtener licencia para la tenencia y uso de armas largas rayadas para caza mayor o para escopetas y armas asimiladas las personas que superen las pruebas de capacitación que determine el Ministerio del Interior sobre conocimiento de las armas, su cuidado y conservación y sobre habilidad para su manejo y utilización. En todo caso, se podrá exigir la acreditación del conocimiento del presente Reglamento.

3. El indicado Ministerio podrá habilitar a las federaciones deportivas o a otras entidades titulares de polígonos, galerías, campos de tiro o armerías debidamente autorizados y que acrediten contar con personal y medios materiales adecuados para dedicarse a la enseñanza y ejercitación en las indicadas materias.

Artículo 103.

Cuando los titulares de licencias de armas, próximas a caducar, soliciten su nueva concesión, las Intervenciones de Armas de la Guardia Civil que reciban las solicitudes con las correspondientes documentaciones podrán expedir a los solicitantes autorizaciones temporales de uso de dichas armas, cuyo plazo de validez será de tres meses, recogiendo al propio tiempo las licencias próximas a caducar.

Artículo 104.

La duración de la vigencia de las licencias determinada en los artículos anteriores se reducirá a dos años cuando sus titulares o solicitantes hayan cumplido la edad de sesenta años, y a un año cuando hayan cumplido setenta de edad. También podrá reducirse por la autoridad competente la duración si, al tiempo de su concesión, por razones de edad o de posible evolución de enfermedad o defecto físico del solicitante, susceptibles de agravarse, se comprueba, a través del informe de aptitud o de pruebas complementarias, que no es posible expedirlos para la totalidad del plazo normal de vigencia.

Tarjetas**Artículo 105.**

1. Para poder llevar y usar las armas de la categoría 4.^a fuera del domicilio habrán de estar documentadas singularmente, mediante tarjetas de armas, que las acompañarán en todo caso.

Las tarjetas de armas serán concedidas y retiradas, en su caso, por los Alcaldes de los municipios en que se encuentren avocindados o residiendo los solicitantes, previa consideración de la conducta y antecedentes de los mismos. Su validez quedará limitada a los respectivos términos municipales.

2. Las armas incluidas en la categoría 4.^a, 2, se pueden documentar en número limitado con tarjetas B, cuya validez será permanente. De las comprendidas en la categoría 4.^a, 1, solamente se podrán documentar seis armas con tarjetas A cuya validez será de cinco años.

3. No obstante, la autoridad municipal podrá limitar o reducir, tanto el número de armas que puede poseer cada interesado como el tiempo de validez de las tarjetas, teniendo en cuenta las circunstancias locales y personales que concurren.

4. Los solicitantes de la tarjeta A deberán acreditar haber cumplido catorce años de edad, a cuyo efecto habrán de presentar documento nacional de identidad o documentos equivalentes en vigor.

5. La tarjeta de armas se expedirá en impreso, que confeccionará la Dirección General de la Guardia Civil. En cada impreso se podrán reseñar hasta seis armas. Cuando se trate de tarjetas B y el número de armas exceda de seis, el interesado podrá ser titular de más de una tarjeta.

6. Del impreso se destinará un ejemplar al interesado; el segundo será remitido por la Alcaldía a la intervención de Armas.

Armas blancas

Artículo 106.

La fabricación, importación y comercialización de las armas de la 5.^a categoría será intervenida por la Guardia Civil para impedir las de las prohibidas. A estos efectos, los fabricantes, importadores y comerciantes deberán comunicar a la Guardia Civil los tipos y características de las armas que fabriquen o importen, así como las operaciones realizadas anualmente. La Guardia Civil podrá inspeccionar, cuantas veces lo crea oportuno, los diferentes locales donde se realicen operaciones que formen parte del proceso de fabricación, importación o comercialización. La adquisición y tenencia de armas de la categoría 5.^a, 1, es libre para personas mayores de edad.

Armas históricas y artísticas. Armas de avancarga y de sistema «Flobert». Armas inutilizadas

Artículo 107.

El uso y tenencia de armas de las categorías 6.^a y 7.^a, 4, se acomodará a los siguientes requisitos:

a) No precisarán licencia las armas de avancarga ni las demás armas de fuego antiguas, históricas o artísticas que sean inscritas en los Libros-Registro a que se refiere el apartado siguiente y que sean conservadas en museos o en armeros de los que sean titulares los coleccionistas u organismos con finalidad cultural, histórica o artísticas en materia de armas, reconocidos como tales por el Ministerio del Interior. Los reconocimientos se efectuarán en procedimientos instruidos a solicitud de los interesados por la Dirección General de la Guardia Civil, para la acreditación de su identidad y, cuando se trate de personas jurídicas, de su constitución legal, de la adecuación de los inmuebles y armeros correspondientes para la guarda de las armas, y de la adopción de las medidas de seguridad necesarias para su custodia, que habrán de ser consideradas suficientes por dicha Dirección General. La correspondiente Intervención de Armas podrá comprobar en todo momento la presencia de las armas y la eficacia de las medidas de seguridad adoptadas.

b) Las personas físicas o jurídicas coleccionistas de armas de avancarga o de otras armas de fuego antiguas, históricas o artísticas, sus reproducciones y asimiladas, susceptibles o no de hacer fuego, y de armas sistema «Flobert» podrán poseerlas legalmente si las tienen inscritas en un Libro-Registro, diligenciado por la Intervención de Armas respectiva, en el que se anotarán las altas y bajas. Queda prohibido el uso de las armas inscritas en dicho Registro. Para la circulación y transporte será necesaria una guía especial, que expedirá, en cada caso, la Intervención de Armas, a la vista de los datos que consten en el Libro, haciendo constar el destino concreto.

c) Las armas largas y cortas de avancarga y las demás armas de fuego antiguas o históricas, sus reproducciones y asimiladas, susceptibles de hacer fuego, y las de sistema «Flobert», salvo en los casos de festejos tradicionales —en los que, previa autorización del Gobernador civil, se podrán utilizar en lugares públicos únicamente con pólvora—, se utilizarán exclusivamente en campos, galerías o polígonos de tiro de concurso y terrenos cinegéticos, controlados, para prácticas y competiciones, a cuyo efecto las armas largas y cortas de avancarga y las demás de la categoría 6.^a, 2, precisarán la posesión de un certificado de banco oficial de pruebas para cada arma y la obtención de autorización especial, que podrá amparar un número limitado de estas armas, en la forma prevenida en el artículo 101. Las de sistema «Flobert» podrán ser utilizadas también en la explotación de puestos de tiro al blanco, especialmente autorizados para estas armas.

d) Para la tenencia y uso por personal con licencia A de armas de avancarga y de las armas de la categoría 6.^a, 2, así como de las armas sistemas «Flobert», corresponderá expedir la guía de pertenencia a las autoridades que se determinan en el artículo 115. Asimismo, dichas autoridades podrán expedir al personal a que se refiere el artículo 114 la

autorización especial de coleccionistas, comunicándolo a efectos de control al Registro Central de Guías y de Licencias de la Guardia Civil.

e) No obstante lo dispuesto en otros preceptos de este Reglamento, se considerará autorizada la posesión en el propio domicilio, sin los requisitos determinados en ellos, de un arma de fuego corta o larga de las no prohibidas a particulares, acreditando su especial valor histórico o artístico, o de dos armas de avancarga, documentadas con las correspondientes guías de pertenencia, previa aportación del informe de aptitud regulado en el artículo 98, adoptando las medidas de seguridad necesarias para su custodia y no pudiendo utilizarlas ni enajenarlas, salvo dando cumplimiento a lo dispuesto al respecto en los preceptos específicos de este Reglamento. La infracción de lo dispuesto en este apartado tendrá la consideración de grave y llevará aparejada en todo caso la retirada definitiva de las armas de que se trate.

Artículo 108.

1. Se considerará inutilizada un arma en los siguientes supuestos:

a) Las armas largas no automáticas o automáticas con dispositivo de bloqueo de cierre, cuando tengan tres taladros en el cañón, de diámetro no inferior al calibre y distanciados entre sí cinco centímetros, debiendo estar uno de ellos precisamente en la recámara. En las escopetas, los taladros serán de 10 milímetros, como mínimo.

b) Las pistolas deben tener en el cañón y, en su caso, en los cañones intercambiables, un fresado, paralelo a su eje, practicado a partir de su plano de culata, en la parte que coincida con la ventana de expulsión, de longitud igual a la del cartucho y de anchura igual al calibre, aproximadamente.

c) En el caso de los revólveres, el fresado se realizará de igual forma que en el supuesto anterior, en el tubo o cañón y, en su caso, en los cañones intercambiables, a partir del plano de carga.

d) Los subfusiles y otras armas sin dispositivo de bloqueo de cierre, si tienen en el cañón un fresado como el indicado en el párrafo anterior pero situado en la parte más próxima a la ventana del cargador, y otro fresado transversal al principio del rayado, que abarque una semicircunferencia y cuya anchura sea de 10 milímetros como mínimo.

e) Asimismo se considerarán inutilizadas las armas de fuego que se hayan sometido a modificaciones irreversibles que obstruyan el cañón e impidan la introducción del cartucho en el mismo.

2. Se considerarán inútiles, a los efectos del presente Reglamento:

a) Los objetos que, teniendo forma de armas de fuego, no pueden hacer fuego ni ser puestos en condiciones de hacer fuego.

b) Las armas de fuego que carezcan de piezas o elementos fundamentales para hacer fuego, cuya reposición resulte prácticamente imposible.

3. Las armas de fuego que sean ocasionalmente inútiles por avería, pero no puedan incluirse en ninguno de los párrafos del apartado anterior, deberán ser objeto de inutilización, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo.

4. Las armas inutilizadas o inútiles a que se refiere el presente artículo se podrán poseer sin limitación de número, en el propio domicilio, debiendo acompañar a las inutilizadas el correspondiente certificado de la Intervención de Armas, Parque Militar o banco oficial de pruebas en que la inutilización se hubiera efectuado o comprobado.

SECCIÓN 2.^a

Autorizaciones especiales de uso de armas para menores

Artículo 109.

1. Los españoles y extranjeros, con residencia en España, que sean mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, podrán utilizar exclusivamente para la caza o para competiciones deportivas en cuyos Reglamentos se halle reconocida la categoría «junior» pero no poseer ni llevar dentro de las poblaciones, armas largas rayadas para caza mayor o, en su caso, de la categoría 3.^a, 1, siempre que se encuentren en posesión legal de una autorización especial de uso de armas para menores y vayan acompañados de personas mayores de edad, con licencia de armas D, E o F, que previamente se hayan comprometido a acompañarlos y vigilarlos en cada cacería o acto deportivo.

2. Con las mismas condiciones y requisitos, los mayores de catorce años y menores de dieciocho podrán utilizar las armas de la categoría 3.^a, 2, para la caza y las de la categoría 3.^a, 2 y 3, para competiciones deportivas en cuyos Reglamentos se halle reconocida la categoría «junior», obteniendo una autorización especial de uso de armas para menores.

3. Las autorizaciones especiales de uso de armas para menores tendrán validez hasta la mayoría de edad de sus titulares, sin necesidad de obtener renovaciones, y será competente para concederlas el Director general de la Guardia Civil.

4. Las solicitudes se presentarán en las Comandancias o Puestos de la Guardia Civil correspondientes al domicilio del interesado suscritas por éste y por la persona que ejerce la patria potestad o la tutela sobre el mismo, y habrán de acompañarse los documentos siguientes:

a) Certificado de antecedentes penales, si se trata de mayores de dieciséis años.

b) Certificado de antecedentes penales de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela sobre el solicitante.

c) Fotocopias de los documentos nacionales de identidad en vigor de ambos, o de las tarjetas o autorizaciones de residencia si se trata de extranjeros, que serán cotejadas con sus originales, devolviéndose éstos a los interesados.

d) Autorización para el uso de armas de las clases expresadas, otorgada por la persona que ejerza la patria potestad o la tutela, responsabilizándose de su actuación, ante Notario, autoridad gubernativa, alcaldía. Comisaría de Policía, Comandancia, Intervención de Armas o Puesto de la Guardia Civil.

e) Informe de aptitudes psicofísicas.

No será necesaria la presentación de los documentos reseñados, relativos a la persona que ejerza la patria potestad o la tutela, si ésta se encuentra en posesión de cualquier licencia de armas en vigor.

5. Las solicitudes y los documentos señalados habrán de ser remitidos a la Dirección General de la Guardia Civil, acompañándose informe de conducta y antecedentes del interesado y de la persona que ejerza la patria potestad o la tutela.

SECCIÓN 3.^a

Autorización especial para extranjeros y españoles residentes en el extranjero

Artículo 110.

1. A los extranjeros y españoles, que no tengan su residencia en un país miembro de la Comunidad Económica Europea, mayores de dieciocho años, que traigan consigo armas comprendidas en las categorías 2.^a, 2 y 3.^a, 2 en número que no podrá exceder de tres, previo cumplimiento de las formalidades de aduana en caso de proceder directamente de un país no perteneciente a la Comunidad Económica Europea, les podrá ser concedida una autorización especial de uso de dichas armas para dedicarse transitoriamente a la práctica de la caza. La autorización será expedida por la Dirección General de la Guardia Civil a través de la Embajada o Consulado respectivos o por la Intervención de Armas correspondiente al lugar de entrada en España. Dicha autorización tendrá tres meses de validez y habilitara para la tenencia y uso de dichas armas, siempre que se posea la correspondiente licencia de caza.

2. Para su concesión será necesaria la presentación de pasaporte y las licencias o autorizaciones especiales en vigor que faculden al intere-

sado para la tenencia y uso de las armas, expedidos en forma legal en el país de residencia, y que deberán ir acompañados de su correspondiente traducción al castellano y visados por la representación consular española en los respectivos países de procedencia.

3. Además se presentará, en idioma castellano, relación, suscrita por el interesado, de los distintos lugares en los que desea utilizar las armas dentro de España, con expresión del tiempo de permanencia en cada uno de ellos.

4. En la autorización especial se harán constar, aparte de los datos de identidad del interesado, la marca, modelo, calibre y número de las armas, así como el itinerario a seguir por aquél.

5. En el mismo momento de expedición de la autorización especial, la Intervención de Armas estampará en el pasaporte del interesado un sello o cajetín en el que se haga constar que entra con armas de caza, reseñando la clase y número de fabricación de las mismas, y comunicará tal expedición a las Comisarías de Policía y Comandancias de la Guardia Civil de los lugares señalados en la relación.

6. Terminada la vigencia de la autorización especial, si los titulares desearan prolongar su estancia en España teniendo y usando las armas, podrán concedérseles hasta dos prórrogas de aquél, de tres meses de duración cada una, por los Gobernadores civiles, con las procedentes modificaciones en la relación de los lugares y fechas en que proyecten utilizar las armas, cuyos extremos habrán de ser comunicados asimismo a las Comisarías de Policía o Comandancias de la Guardia Civil correspondientes.

7. Si una vez finalizada la validez de la autorización o de sus prórrogas los interesados hubieran de prolongar su estancia en España deberán depositar las armas en la Intervención de la Guardia Civil que corresponda al lugar donde se encuentren, para su remisión a la correspondiente frontera o al lugar de salida de España.

8. Al salir del territorio nacional devolverán las autorizaciones especiales, recibirán las armas en su caso y, una vez comprobado que son las mismas que introdujeron, se estampará en su pasaporte un sello o cajetín, haciendo constar que salen con ellas.

9. Además de las facultades que les conceden los apartados anteriores de este artículo y la sección 4.^a del capítulo II, los españoles residentes en el extranjero, que se encuentren transitoriamente en España, podrán adquirir, tener y usar armas de caza, dando cumplimiento a las normas establecidas al efecto en este Reglamento para los españoles residentes en España.

10. Lo dispuesto en los apartados 2, 5 y 8 del presente artículo sobre presentación de pasaporte y constancia de la entrada y salida de las armas en el mismo, no será aplicable a los españoles residentes en países con los que España tenga en vigor convenios de supresión de dicho documento ni a los ciudadanos de dichos países.

Artículo 111.

1. A los no residentes en España o en otros países de la Comunidad Económica Europea sean españoles o extranjeros, que traigan consigo armas propias para participar en concursos deportivos de cualquier clase, en el número imprescindible, que no podrá exceder de seis, les podrá ser concedido igualmente una autorización especial, que habilitará para la tenencia de dichas armas y para su uso, pero exclusivamente en los campos, galerías o polígonos de tiro autorizados para entrenamiento o en los designados para la celebración de los concursos.

2. Con tal objeto, las federaciones españolas competentes o, en su caso, las sociedades, organismos o particulares organizadores de los concursos, solicitarán dichas autorizaciones especiales de la Dirección General de la Guardia Civil, con quince días de antelación, como mínimo, a la fecha de celebración. Dicha Dirección General facilitará a las federaciones, sociedades u organismos competentes del extranjero un modelo impreso de declaración, que deberá ser cumplimentado por cada interesado en participar en el respectivo concurso deportivo, en el que se hará constar el nombre del concursante, su nacionalidad, concurso en el que va a participar, lugares de entrada y salida de España, número y clase de armas que porta, con expresión de su marca, calibre y número de fabricación. La declaración deberá tener el visto bueno de la federación, sociedad u organismo correspondiente y habrá de ser presentada en la Intervención de Armas correspondiente al lugar de entrada en España. La federación, organismo o particular que realice el concurso correspondiente se responsabilizará de las armas de los concursantes durante su permanencia en los locales o recintos de aquél, donde deberán estar depositadas fuera de las horas de entrenamiento o concurso.

3. La Dirección General de la Guardia Civil impartirá las instrucciones oportunas a las Intervenciones de Armas.

4. Corresponderá a la Dirección General de la Guardia Civil resolver sobre las peticiones de tales autorizaciones, formuladas por militares o miembros de Fuerzas o Cuerpos de Seguridad extranjeros y presentadas a través del Consejo Superior de Educación Física y Deportes de las Fuerzas Armadas u órgano competente del Ministerio del Interior.

5. Las personalidades extranjeras de visita en España que lo interesen a través de la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Ordenes del Ministerio de Asuntos Exteriores, en condiciones de reciprocidad y siempre que sea favorable el informe de dicha Dirección General, podrán obtener para el personal de su escolta autorizaciones especiales de uso de armas de la categoría 1.^a, que corresponde expedir a la Dirección General de la Guardia Civil, para el tiempo que dure la visita.

SECCIÓN 4.^a*Autorización de armas para viajes a través de Estados miembros de la CEE***Artículo 112.**

1. Salvo que se utilice uno de los procedimientos regulados en los artículos 72 a 76 de este Reglamento, la tenencia de un arma de fuego reglamentada durante un viaje por España de un residente de otro país miembro de la Comunidad Económica Europea solamente será permitida si el interesado ha obtenido a tal efecto autorización de la Dirección General de la Guardia Civil y de la autoridad competente del Estado de residencia, no siendo aplicable a este supuesto lo prevenido en los artículos 110 y 111.

2. También será necesaria a los residentes en España, salvo que utilicen el procedimiento de los artículos 72 a 76 autorización de la Dirección General de la Guardia Civil para la tenencia de un arma de fuego durante un viaje por España hacia otro país de la Comunidad Económica Europea.

3. Las autorizaciones podrán concederse para uno o para varios viajes y para un plazo máximo de un año, renovable, y se harán constar en la Tarjeta Europea de Armas de Fuego, que el viajero deberá exhibir dentro de España ante todo requerimiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo 113.

1. La Tarjeta Europea de Armas de Fuego es un documento personal en el que figurarán las armas de fuego que lleve o utilice su titular. Se expedirá, previa solicitud del interesado, por la Dirección General de la Guardia Civil a los residentes en España que estén debidamente documentados para la tenencia y uso en territorio español de las armas de que se trate. La vigencia de la tarjeta será en todo caso de cinco años y será renovable mientras se mantenga la titularidad de las armas que ampare. El titular del arma o armas de fuego, siempre que viaje con ellas por otros países miembros de la Comunidad Económica Europea, deberá ser portador de la correspondiente tarjeta. Se mencionarán en la tarjeta los cambios en la tenencia o en las características de las armas, así como la pérdida o robo de las mismas.

2. Al expedir la Tarjeta Europea de Armas de Fuego se informará por escrito al titular sobre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea que tengan prohibidas o sometidas a autorización la adquisición y tenencia de las armas de fuego a que se refiera la tarjeta.

SECCIÓN 5.^a

*Licencias a personal dependiente de las Fuerzas Armadas, de las
Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y del Servicio de
Vigilancia Aduanera*

Artículo 114.

1. Al personal que a continuación se indica, siempre que se encuentre en servicio activo o disponible, le será considerada como licencia A su tarjeta de identidad militar o carné profesional:

a) Oficiales Generales, Oficiales Superiores, Oficiales, Suboficiales Superiores, Suboficiales y sus asimilados del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y los Cabos Primeros especialistas veteranos de la Armada.

b) Los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil.

c) Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

d) Los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.

e) Los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera.

2. La tarjeta de identidad militar será considerada además como licencia A para el personal reseñado en el apartado 1, a) y b) que se encuentre en la situación de excedencia voluntaria por la causa prevista en el punto e) del artículo 31 del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, o en reserva ocupando puesto orgánico del Ministerio de Defensa o, en su caso, del Ministerio del Interior.

Artículo 115.

1. El personal relacionado en el artículo anterior deberá estar provisto de una guía de pertenencia para cada arma que posea, expedida por las autoridades que designe el Ministerio de Defensa, para el perteneciente a las Fuerzas Armadas; por la Dirección General de la Policía, para el Cuerpo Nacional de Policía, y por la Dirección General de la Guardia Civil, para el personal del Cuerpo de la Guardia Civil, el del Servicio de Vigilancia Aduanera y el de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales.

2. Estas guías de pertenencia se marcarán de siguiente modo:

a) Para el Ejército de Tierra: E.T. y numeración correlativa.

b) Para la Armada: F.N. y numeración correlativa.

c) Para el Ejército del Aire: E.A. y numeración correlativa.

d) Para los Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas: M. D. y numeración correlativa.

- e) Para la Guardia Civil: G.C. y numeración correlativa.
- f) Para el Cuerpo Nacional de Policía: C.N.P. y numeración correlativa.
- g) Para el personal de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, con las letras PA, una tercera letra específica de cada Comunidad Autónoma y numeración correlativa.
- h) Para el personal de los Cuerpos de Policía de las Entidades locales, con las letras PL, el número correspondiente a cada Entidad local, en el Código Geográfico Nacional y numeración correlativa de las guías.
- i) Para el Servicio de Vigilancia Aduanera: S.V.A. y numeración correlativa.

Se extenderán en cartulina blanca y constarán de tres cuerpos, que se separarán, para entregar uno al interesado: otro, que se unirá a su expediente de armas, y otro, que se enviará a la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, para su constancia en el Registro Central de Guías y de Licencias.

Artículo 116.

1. Al personal indicado en el artículo 114, se le abrirán expedientes individuales de armas por las autoridades aludidas en el artículo 115, en los que constarán todos los datos referentes a armas y municiones que posea.

2. El expediente seguirá al interesado en los cambios de destino del mismo, enviándose por la autoridad que lo haya instruido, a la que corresponda.

Artículo 117.

1. Las autoridades determinadas en las normas especiales que dicte el Ministerio de Defensa podrán conceder con carácter discrecional, licencia de armas a los militares profesionales de los Ejércitos y Cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas que se encuentren en las situaciones administrativas de servicios especiales, excedencia voluntaria por la causa prevista en el párrafo f) del artículo 31 del Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, suspenso de funciones o reserva, salvo el supuesto previsto en el artículo 114. 1 de este Reglamento.

2. Para ello, previa solicitud de los interesados, por conducto regular, las autoridades competentes autorizarán su tarjeta militar de identidad o documento específico para que surta efectos de dicho tipo de licencia.

3. La licencia documentará armas de la categoría 1.^a y tendrá tres años de validez, que podrá ser prorrogada, previa acreditación de las aptitudes psicofísicas de su titular.

4. La autoridad competente, para el personal procedente de la Guardia Civil, será el Director general de la Guardia Civil.

5. El expediente de armamento del personal a que se refiere este artículo se llevará en la misma forma que el del personal en activo.

6. Al personal del Cuerpo Nacional de Policía en las situaciones de servicios especiales, de excedencia forzosa o de segunda actividad, podrá concederle el Director general de la Policía, o autoridad en quien delegue, licencia de armas, con la misma validez, prorrogabilidad y procedimiento de los apartados anteriores, autorizando a tal efecto el documento de identidad que posea.

Artículo 118.

1. Con la licencia A, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil, en sus distintas categorías, así como los integrantes de las Escalas Superior, Ejecutiva y de Subinspección del Cuerpo Nacional de Policía equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, podrán poseer tres armas cortas, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.

2. Con el mismo tipo de licencia, los Cabos y Guardias del Cuerpo de la Guardia Civil, los Cabos Primeros Especialistas Veteranos de la Armada, los integrantes de la Escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía, los equivalentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y el personal de los Cuerpos de Policía de las Corporaciones locales, así como los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera, sólo podrán poseer un arma corta, aparte de las que reciban como dotación reglamentaria para el ejercicio de sus funciones.

Artículo 119.

El Ministerio de Defensa y las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil podrán conceder autorización especial para un arma de la categoría 1.^a a personal dependiente de los mismos no comprendido en los apartados 1, a), b) y c), del artículo 114. También expedirán la guía de pertenencia de cada arma, remitiendo ejemplares de aquélla y de ésta al Registro General de Guías y de Licencias.

SECCIÓN 6.^a*Licencias para el ejercicio de funciones de custodia y vigilancia***Artículo 120.**

Las empresas de seguridad y en general las entidades u organismos cuya constitución y funcionamiento cumplan los requisitos legalmente prevenidos, de las que dependa reglamentariamente personal de seguridad, podrán poseer las armas necesarias con fines de prestación de servicios adiestramiento de personal o realización de pruebas de aptitud, obteniendo al efecto la correspondiente autorización de la Dirección General de la Guardia Civil, previa justificación de que cumplen aquellos requisitos y de la necesidad de las armas. La autorización documenta exclusivamente la adquisición de las armas, que estarán a cargo del jefe de seguridad o titular del puesto que designen dichas empresas o entidades, el cual responderá de su correcto uso, así como de la oportuna recuperación de las mismas. La posesión de cada una de las armas se documentará mediante la correspondiente guía de pertenencia expedida a nombre de las empresas, entidades u organismos propietarios. Cuando no sean objeto de utilización, deberán ser custodiadas en locales de las empresas o entidades, que reúnan las adecuadas condiciones de seguridad.

Artículo 121.

El personal de los Cuerpos y Organismos legalmente considerados auxiliares para el mantenimiento de la seguridad pública y persecución de la criminalidad, así como los vigilantes de seguridad y personal legalmente asimilado, podrán solicitar de la Dirección General de la Guardia Civil licencia de armas C, con los requisitos y condiciones que se establecen en los artículos siguientes.

Artículo 122.

Para obtener estas licencias, el interesado, a través de la empresa u organismo de que dependa, deberá presentar en la Intervención de Armas de la Guardia Civil correspondiente a su domicilio solicitud dirigida al Director general de la Guardia Civil, acompañada de los dos documentos enumerados en el artículo 97.1 de este Reglamento, y además los siguientes:

a) Certificado o informe de su superior jerárquico o de la empresa entidad u organismo en que preste sus servicios, en el que se haga constar que tiene asignado el cometido para el que solicita la licencia y localidad donde lo ha de desempeñar.

b) Fotocopia del documento acreditativo de la habilitación del interesado para el ejercicio de funciones de seguridad, que se coteja con el original y se diligenciará haciendo constar la coincidencia.

c) Declaración del solicitante, con el visto bueno del jefe, autoridad o superior de que inmediatamente dependa, de no hallarse sujeto a procedimiento penal o a procedimiento disciplinario.

Artículo 123.

Las armas amparadas por estas licencias sólo podrán ser empleadas en los servicios de seguridad o funciones para los que fueran concedidas.

Artículo 124.

1. Las licencias C podrán autorizar un arma de las categorías 1.^a, 2.^a, 1, ó 3.^a, 2, según el servicio a prestar, de conformidad con lo dispuesto en la respectiva regulación o, en su defecto, de acuerdo con el dictamen emitido por la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos.

2. Nadie podrá poseer más de una licencia C. En los casos en que las respectivas regulaciones permitan la posesión o utilización de un arma de la categoría 1.^a y otra de la 2.^a, 1, ambas serán amparadas por la misma licencia, si bien cada arma se documentará con su guía de pertenencia.

Artículo 125.

Estas licencias tendrán validez exclusivamente durante el tiempo de prestación del servicio de seguridad determinante de su concesión y carecerán de validez cuando sus titulares se encuentren fuera de servicio. Quedarán sin efecto automáticamente al cesar aquéllos en el desempeño de las funciones o cargos en razón de los cuales les fueron concedidas, cualquiera que fuera la causa del cese.

Artículo 126.

1. Al cesar en su cargo o función, temporal o definitivamente, al titular de una licencia de este tipo le será retirada por el superior jerár-

quico, entidad, empresa u organismo en el que prestan o han prestado servicios, y será entregada en la Intervención de Armas. El arma quedará depositada a disposición de la empresa, entidad u organismo propietario.

2. En los supuestos de ceses temporales, si el titular de la licencia hubiese de ocupar de nuevo un puesto de trabajo de la misma naturaleza, le será devuelta su licencia de uso de armas, cuando presente el certificado o informe sobre dicho puesto, expedido de acuerdo con el artículo 122, a).

Artículo 127.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cuando por cualquier circunstancia se encontraran fuera de servicio, las armas deberán permanecer en poder de la empresa, entidad u organismo en instalaciones que cuenten con las debidas condiciones de seguridad, a juicio de la Intervención de Armas respectiva, pudiendo ser utilizadas por otros titulares de puestos análogos, en posesión de la documentación requerida.

Artículo 128.

1. Los superiores de los organismos, empresas o entidades a cuyo mando se encuentren, deberán adoptar cuantas medidas de seguridad y controles sean necesarios para evitar la pérdida, sustracción, robo o uso indebido de las armas y, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los usuarios de las mismas, dichos superiores serán también responsables, siempre que tales supuestos se produzcan concurriendo falta de adopción o insuficiencia de dichas medidas o controles.

2. También en los supuestos de comisión de delitos, faltas o infracciones, así como de utilización indebida del arma, los organismos, empresas o entidades deberán proceder a la retirada de la misma y de los documentos correspondientes participándolo inmediatamente a la Intervención de Armas, con entrega de los documentos.

CAPÍTULO VI

Tenencia y uso de armas de concurso

Artículo 129.

Podrán solicitar licencia de armas F, especial para armas de concurso, los españoles y extranjeros residentes en España, que estén habilita-

dos con arreglo a las normas deportivas para la práctica del tiro olímpico o de cualquiera otra modalidad deportiva debidamente legalizada que utilice armas de fuego.

Artículo 130.

1. La licencia especial para armas de concurso deberá ser solicitada, por el interesado, de la Dirección General de la Guardia Civil, en escrito acompañando los documentos reseñados en el artículo 97.1 de este Reglamento.

2. En la solicitud o en memoria adjunta se harán constar con todo detalle los motivos que fundamenten la necesidad de utilización del arma de que se trate; exponiendo la modalidad de tiro que practique el solicitante y su historial deportivo, y acompañando cuantos documentos desee aportar para justificar la necesidad de usar el arma.

3. En todo caso deberá acreditar el solicitante su habilitación deportiva para la modalidad de tiro que practique y la categoría de tirador que le corresponda.

Artículo 131.

La Dirección General de la Guardia Civil, valorando objetivamente los antecedentes y hechos aportados, y previas las comprobaciones pertinentes, concederá o no la licencia, según las circunstancias de cada caso, y la remitirá a la Intervención de Armas correspondiente, para su entrega al interesado.

Artículo 132.

1. La licencia F será de tres clases, en correspondencia con las categorías del tirador. La de tercera clase autorizará la tenencia y el uso de un arma corta o un arma larga de concurso, quedando excluidas las pistolas libres. La de segunda clase podrá autorizar la tenencia y el uso de hasta seis armas de concurso. Y la de primera clase podrá autorizar la tenencia y uso de hasta diez armas de concurso.

2. La licencia autorizará la adquisición de un arma de concurso. La adquisición de cada una de las armas restantes requerirá la obtención previa de una autorización especial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49 y siguientes de este Reglamento.

Artículo 133.

1. La licencia F sólo permitirá el uso de las armas en los campos, polígonos o galerías autorizados para la práctica del tiro y únicamente podrán portarse con tal objeto.

2. Las armas completas deberán ser guardadas:

a) En los locales de las federaciones que ofrezcan las debidas condiciones de seguridad, a juicio de la Guardia Civil.

b) Desactivadas en los domicilios de los titulares, siempre que los cierres o las piezas esenciales para su funcionamiento se guarden en cajas fuertes de sus propios domicilios o en locales de las correspondientes federaciones deportivas que ofrezcan las debidas condiciones de seguridad, a juicio de la Guardia Civil.

Artículo 134.

Las licencias F tendrán un plazo de validez de tres años, al cabo de los cuales, para poder tener y usar las armas correspondientes, habrán de solicitarse nuevas licencias en la misma forma que las anteriores.

Artículo 135.

La clasificación y características de las armas de concurso, así como sus variaciones, de conformidad con las normas internacionales que rijan al respecto, serán inmediatamente comunicadas por las federaciones deportivas correspondientes a la Dirección General de la Guardia Civil.

Artículo 136.

Solamente se podrá proceder a la expedición de las autorizaciones de adquisición y de las guías de pertenencia correspondientes, si las armas tienen la condición de armas de concurso reconocida en virtud de Orden del Ministerio del Interior, dictada teniendo en cuenta la comunicación prevenida en el artículo anterior y en la que se especificarán, junto a los límites máximos, las características mínimas de las armas. La petición de dichas autorizaciones y guías habrá de documentarse con certificado de las correspondientes federaciones deportivas en los que, con reseña de las armas, se acredite que se trata de armas de concurso.

Artículo 137.

1. La pérdida de la habilitación deportiva que corresponda llevará aparejada la revocación de la licencia y de la facultad de poseer armas de concurso, y obligará a entregar aquella y estas en la Intervención de Armas, donde podrán permanecer durante un año. Antes de terminar este plazo, el interesado podrá solicitar nueva licencia para su uso, si recobrase su condición deportiva, o autorizar la transferencia a persona legitimada para el uso de dichas armas de concurso o a comerciantes autorizados, en la forma prescrita en los artículos 94 y 95.

2. A los efectos prevenidos en el apartado anterior, las federaciones deportivas deberán comunicar a la Intervención de Armas, en el plazo máximo de quince días, las pérdidas de habilitaciones deportivas de las que tuvieran conocimiento. La Intervención de Armas dará cuenta seguidamente a la Dirección General de la Guardia Civil.

Artículo 138.

1. Las federaciones deportivas con modalidades de tiro con armas de concurso remitirán anualmente a la Dirección General de la Guardia Civil relación de los deportistas que hayan participado en sus actividades, asignando a los mismos las correspondientes clasificaciones deportivas. La Intervención de Armas podrá presenciar las pruebas que se celebren para obtener o mejorar las distintas clasificaciones.

2. Aquellos deportistas que, salvo casos de fuerza mayor, no hayan desarrollado durante un año actividades deportivas, perderán la licencia F de armas, debiendo depositar sus armas y licencias en la Intervención de Armas a los efectos dispuestos en el apartado 1 del artículo anterior.

3. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 137 y en el apartado 1 del presente artículo dará lugar a la imposición de las sanciones determinadas en el artículo 156 e) de este Reglamento, recayendo la responsabilidad en los presidentes de las federaciones o en quienes les sustituyan o representen.

Artículo 139.

1. Quien se encuentre en posesión de licencia de armas A podrá asimismo solicitar a la autoridad competente de que dependa la guía de pertenencia de armas de concurso, acompañando en cada caso, la acreditación de la habilitación deportiva correspondiente, en la que conste la clase que como tirador le corresponde.

2. Las autoridades a que se refiere el artículo 115 podrán conceder las correspondientes guías de pertenencia de las armas. De estas guías se dará conocimiento a la Intervención de Armas correspondiente, al tiempo de hacer su entrega a los interesados.

Artículo 140.

Para la expedición de estas guías de pertenencia, el interesado deberá presentar ante las indicadas autoridades, además de la reseña del arma o armas de que se trate, certificado expedido por la federación correspondiente, acreditativo de que se trata de armas de concurso.

Artículo 141.

1. Las Federaciones de Tiro Olímpico o de cualquiera otra modalidad deportiva de uso de armas de fuego, con autorización de la Dirección General de la Guardia Civil pueden tener en propiedad equipos de armas largas y armas cortas de concurso, cuyo número se determinará en proporción al de deportistas federados de las distintas especialidades y categorías deportivas.

2. Las armas reguladas en este artículo estarán a cargo del presidente de la federación correspondiente, el cual responderá del uso de las mismas, y deberán ser custodiadas en locales de las propias federaciones que reúnan adecuadas condiciones de seguridad a juicio de la Intervención de Armas, lo que condicionará la concesión de las respectivas autorizaciones y el número de las armas.

3. Salvo lo dispuesto en el presente artículo sobre autorizaciones, que sustituirán a las licencias individuales y sobre número de armas, será aplicable a las armas de las federaciones el mismo régimen de tenencia que a las de los deportistas federados.

Artículo 142.

Las guías de pertenencia de las armas de las federaciones deportivas y las de los deportistas de tiro irán marcadas con las letras T.D.E.

Artículo 143.

1. Las armas de guerra que el Ministerio de Defensa pueda prestar a la Federación Española de Tiro Olímpico deberán ser guardadas en el

cuartel de la Guardia Civil más próximo, en armero facilitado por la federación que las tenga a su cargo, cuyas llaves quedarán en su poder y una copia en la Intervención de Armas, salvo que los locales de la federación tengan lugar adecuado y de seguridad suficientes a juicio de la Intervención de Armas.

2. Estas armas se relacionarán en un libro de armas de guerra que habrá de llevar la federación que las tenga a su cargo. Este libro servirá de documentación a las armas y en él se anotarán las altas, bajas y existencias de armas y municiones en poder de la federación.

3. Las armas a que se refiere el presente artículo pasarán revista en el mes de abril de cada año, en los propios cuarteles o locales en que estén guardadas, ante el Interventor de Armas y la persona responsable de su custodia, a cuyo efecto se presentará el correspondiente libro de armas, anotándose en él las armas que sean revistadas.

4. La Guardia Civil dará cuenta al Gobernador militar de las armas que hayan sido revistadas.

CAPÍTULO VII

Disposiciones comunes sobre tenencia y uso de armas

SECCIÓN 1.^a

Disposiciones generales

Artículo 144.

1. Tanto las personas físicas como las jurídicas que posean armas de fuego sometidas a licencia están obligadas:

a) A guardarlas en lugar seguro y a adoptar las medidas necesarias para evitar su pérdida, robo o sustracción.

b) A presentar las armas a las autoridades gubernativas o a sus agentes, siempre que les requieran para ello.

c) A declarar, inmediatamente, en la Intervención de Armas correspondiente, la pérdida, destrucción, robo o sustracción de las armas o de su documentación.

2. Las armas completas, los cierres o las piezas esenciales para el funcionamiento de las armas podrán ser guardados en locales de empresas o entidades especializadas en la custodia de armas, debidamente autorizados por la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo al artículo 83.

Artículo 145.

1. En todo caso de pérdida, destrucción, robo o sustracción de armas de las categorías 1.^a, 2.^a y 3.^a el titular deberá dar cuenta inmediata por conducto jerárquico cuando proceda, a la Intervención de Armas de la Guardia Civil correspondiente con entrega de la guía de pertenencia. Si del procedimiento que instruya la Intervención de Armas en averiguación de los hechos, resultara comprobada la destrucción del arma o se dedujera la falta de responsabilidad del interesado, éste conservará su licencia, pudiendo adquirir otra arma en la forma establecida, sin que se le imponga sanción alguna.

2. Cuando se hubieran perdido, destruido, robado o sustraído las licencias o las guías de pertenencia, el titular deberá asimismo dar cuenta inmediata a la Intervención de Armas, que podrá extender autorización temporal de uso de armas, válida durante la tramitación del procedimiento, o exigir el inmediato depósito de las armas. Si como consecuencia del procedimiento que se instruya resulta que no existe culpa por parte del interesado, se le expedirá nueva documentación definitiva, procediéndose en su caso a anular la extraviada, robada o sustraída y se le devolverán las armas si siguieran depositadas.

Artículo 146.

1. Queda prohibido portar, exhibir y usar fuera del domicilio, del lugar de trabajo, en su caso, o de las correspondientes actividades deportivas, cualquiera clase de armas de fuego cortas y armas blancas, especialmente aquellas que tengan hoja puntiaguda, así como en general armas de las categorías 5.^a, 6.^a y 7.^a. Queda al prudente criterio de las autoridades y sus agentes apreciar si el portador de las armas tiene o no necesidad de llevarlas consigo, según la ocasión, momento o circunstancia, en especial si se trata de armas amparadas en licencias B, por razones de seguridad.

2. Deberá en general estimarse ilícito el hecho de llevar o usar armas los concurrentes a establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento, así como en todo caso los que hubieran sufrido condena por delito o falta contra las personas o la propiedad o por uso indebido de armas o sanción por infracción de este Reglamento.

Artículo 147.

1. Los usuarios de las armas deberán estar en todo momento en condiciones de controlarlas. En la presencia o proximidad de otras per-

sonas, deberán actuar con la diligencia y precauciones necesarias y comportarse de forma que no puedan causar peligro, daños, perjuicios o molestias a terceras personas o a sus bienes.

2. Queda prohibido portar, exhibir o usar las armas:

a) Sin necesidad o de modo negligente o temerario.

b) Mientras se utilizan cascos o auriculares conectados con aparatos receptores o reproductores de sonidos.

c) Bajo los efectos de bebidas alcohólicas estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.

Artículo 148.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, 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.

2. Dichos agentes podrán proceder a la ocupación temporal de las mismas, depositándolas en una Intervención de Armas de la Guardia Civil, incluso de las que se lleven con licencia, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito o garantizar la seguridad de las personas o de las cosas, pudiendo quedar depositadas en las correspondientes dependencias policiales por el tiempo imprescindible para la instrucción de las diligencias o atestados procedentes, dando cuenta inmediata a la Intervención de Armas de la Guardia Civil.

3. Los asistentes a reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, portando cualquier clase de armas, serán denunciados a la autoridad judicial competente a los efectos prevenidos en el artículo correspondiente del Código Penal.

Artículo 149.

1. Solamente se podrán llevar armas reglamentadas por las vías y lugares públicos urbanos, y desmontadas o dentro de sus cajas o fundas, durante el trayecto desde los lugares en que habitualmente están guardadas o depositadas hasta los lugares donde se realicen las actividades de utilización debidamente autorizadas.

2. Las armas solamente podrán ser utilizadas en los polígonos, galerías o campos de tiro y en los campos o espacios idóneos para el ejercicio de la caza, de la pesca o de otras actividades deportivas.

3. Salvo las actuaciones propias de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como las actividades cinegéticas, que se regirán por sus legislaciones especiales, la realización de cuales-

quiera clase de concursos o actividades con armas de fuego o de aire comprimido de la categoría 3.^a, 3, que tengan lugar fuera de campos, polígonos o galerías de tiro debidamente autorizados, requerirán autorización previa del Gobernador civil de la provincia en que tengan lugar. Sus organizadores habrán de solicitarla al menos con quince días de antelación, facilitando información suficiente sobre los lugares de celebración, actividades a realizar, datos sobre participantes, armas a utilizar y medidas de seguridad adoptadas, todo ello sin perjuicio de otras autorizaciones que procedan de las autoridades competentes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

4. Previo informe del Alcalde del municipio y de la unidad correspondiente de la Guardia Civil, el Gobernador civil podrá prohibir tales actividades o autorizarlas disponiendo la adopción de las medidas de seguridad y comodidad complementarias que estime permanentes.

5. Los Alcaldes podrán autorizar, con los condicionamientos pertinentes para garantizar la seguridad, la apertura y funcionamiento de espacios en los que se pueda hacer uso de armas de aire comprimido de la categoría 4.^a.

SECCIÓN 2.^a

Campos, galerías y polígonos de tiro

Artículo 150.

1. Se considerarán campos y galerías de tiro los espacios habilitados para la práctica del tiro que reúnan las características y medidas de seguridad que se determinan en anexo a este Reglamento.

2. A los efectos del presente Reglamento, se considerará polígono de tiro el espacio, limitado y señalizado, que esté integrado como mínimo, por dos campos de tiro, dos galerías de tiro, o un campo y una galería de tiro.

3. Los campos y polígonos de tiro sólo podrán ser instalados en los terrenos urbanísticamente aptos para estos usos y en todo caso fuera del casco de las poblaciones.

Artículo 151.

1. Sin perjuicio de otras licencias o autorizaciones de carácter preceptivo que, en virtud de su competencia, corresponda otorgar a la Administración General del Estado, o a las Administraciones Autonómicas o Locales, las personas naturales o jurídicas que pretendan instalar cam-

pos, galerías o polígonos de tiro deberán solicitar la pertinente autorización para ello de la Dirección General de la Guardia Civil. La petición deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

a) Certificación del acuerdo de instalación, si se trata de una persona jurídica.

b) Certificado de antecedentes penales del peticionario, si es persona física, o del representante, si es persona jurídica.

c) Memoria o proyecto y plano topográfico, con las siguientes especificaciones:

1.^a Lugar de emplazamiento y distancias que lo condicionen.

2.^a Dimensiones y características técnicas de la construcción, de acuerdo con el anexo a este Reglamento.

3.^a Medidas de seguridad en evitación de posibles accidentes, de acuerdo con el anexo a este Reglamento.

4.^a Destino proyectado y modalidades de tiro a practicar.

5.^a Condiciones de insonorización, cuando se trate de galerías de tiro.

6.^a Las restantes exigidas para cada supuesto en el anexo al presente Reglamento.

2. Para las galerías de tiro ubicadas en zonas urbanas, será precisa la instrucción de procedimiento en el que sean oídos los vecinos del inmueble en que pretendan instalarse y de los inmediatos al mismo, salvo que ya se hubiera instruido al efecto por la Comunidad Autónoma o el Ayuntamiento.

3. Para la concesión de autorización de campos, galerías y polígonos de tiro, será preciso el informe favorable de la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa y del órgano correspondiente del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

4. La Dirección General de la Guardia Civil comunicará al Ministerio de Defensa las autorizaciones concedidas.

Artículo 152.

Se necesitará autorización de la Intervención de Armas de la Guardia Civil correspondiente a la localidad donde estén ubicados, para instalar campos de tiro eventuales, considerándose como tales los que se establezcan para prácticas deportivas de cualquier modalidad de tiro, con armas de las categorías 2.^a y 3.^a, exclusivamente, en fincas o terrenos rústicos, previa comprobación de que se encuentran debidamente acotados mediante vallas fijas o móviles y carteles de prohibición de paso. La celebración de competiciones en los campos de tiro eventuales situados en terrenos cinegéticos, fuera de las épocas de caza, habrán de atenerse a lo dispuesto en el artículo 149 de este Reglamento.

SECCIÓN 3.^a*Uso de armas en espectáculos públicos, filmaciones o grabaciones***Artículo 153.**

1. Las armas que se necesiten usar en espectáculos públicos, en filmaciones cinematográficas, grabaciones de vídeo y similares, deberán estar inutilizadas en la forma prevenida en este Reglamento y no ser aptas para hacer fuego real.

2. En los supuestos en que los espectáculos, filmaciones o grabaciones obligasen a emplear armas en normal estado de funcionamiento, éstas solamente se podrán utilizar con cartuchos de fogeo y habrán de estar debidamente documentadas según su respectiva categoría.

Artículo 154.

Los Servicios de Armamento de la Dirección General de la Policía y de la Dirección General de la Guardia Civil, con las garantías que estimen oportunas, y previa solicitud de los interesados en la cual deberán indicar necesariamente las características de las armas, así como su plazo de utilización, podrán facilitar en concepto de cesión temporal las armas adecuadas a las necesidades escénicas, cinematográficas o videográficas, si no hubiese existencias en las colecciones de industriales o coleccionistas en la localidad de que se trate.

CAPÍTULO VIII

Régimen sancionador**Artículo 155.**

Si no constituyeren delitos, serán consideradas infracciones muy graves por la entidad del riesgo producido y sancionadas:

a) La fabricación, reparación, almacenamiento y comercio:

1.º De armas de fuego prohibidas o de armas de guerra sin la adecuada habilitación, con multa de cinco millones de pesetas a cien millones de pesetas, incautación de las armas y de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de la infracción y clausura de las fábricas, lo-

cales o establecimientos, desde seis meses y un día hasta dos años de duración.

2.º De armas de fuego de defensa personal, de armas largas rayadas, de armas de vigilancia y guardería y de armas largas de ánima lisa, sin la pertinente autorización, con multas de cinco millones a cincuenta millones de pesetas, incautación de las armas, de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de la infracción, y clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día hasta un año de duración.

b) El uso de armas de fuego prohibidas, con multa de cinco a diez millones de pesetas e incautación de las armas utilizadas y de sus municiones.

c) El uso de armas de fuego cortas, careciendo de la licencia, autorización especial o de la guía de pertenencia, con multa de cinco a diez millones de pesetas e incautación de las armas utilizadas y de sus municiones.

d) La omisión, insuficiencia o ineficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad en las fases de fabricación, reparación, almacenamiento, distribución y comercio, de armas de defensa personal, de armas de vigilancia y guardería o de armas largas rayadas, con multa de cinco a cincuenta millones de pesetas, conjunta o alternativamente con suspensión temporal de las autorizaciones, desde seis meses y un día hasta un año de duración. Si como consecuencia de la infracción se hubiera producido pérdida, sustracción o robo de armas, además de la multa, se impondrá la clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día hasta dos años de duración.

Artículo 156.

Si no constituyeren delito, serán consideradas infracciones graves, y sancionadas:

a) Cuando se trate de armas blancas, de aire comprimido o de las demás comprendidas en las categorías 4.ª a 7.ª del presente Reglamento, la fabricación, reparación, almacenamiento, distribución y comercio de armas prohibidas o de armas reglamentadas sin autorización, con multas de cincuenta mil una a cinco millones de pesetas, clausura de las fábricas, locales y establecimientos de hasta seis meses de duración e incautación de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de la infracción.

b) La omisión, insuficiencia o ineficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad en las fases de fabricación, reparación, almacenamiento, circulación y comercio de armas largas de ánima lisa o de otras armas cuya tenencia requiera licencia E,

con multa de cincuenta mil una a cinco millones de pesetas. Si como consecuencia de la infracción se hubiera producido pérdida, sustracción o robo de armas, además de la multa, se impondrá la clausura de las fábricas, locales o establecimientos de hasta seis meses de duración.

c) La omisión, insuficiencia o ineficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas que posean los particulares, en los domicilios o lugares de uso, o en circulación, si es de armas de defensa personal, de armas de vigilancia y guardería o de armas largas rayadas, con multa de cincuenta mil una a quinientas mil pesetas. Si como consecuencia de la infracción se hubiera producido pérdida, sustracción o robo de las armas, las sanciones serán de hasta un millón de pesetas y retirada de las licencias o permisos correspondientes a aquéllas, de hasta seis meses de duración.

d) La omisión, insuficiencia o ineficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas en los domicilios o lugares de uso, o en circulación, con multa de cincuenta mil una a doscientas cincuenta mil pesetas, si se trata de armas largas de ánima lisa, y con multa de hasta quinientas mil pesetas, si como consecuencia se hubiera producido pérdida, sustracción o robo de las armas.

e) El impedimento o la omisión de la colaboración obligatoria para la realización de los controles o inspecciones prevenidos sobre la fabricación, reparación, almacenamiento, distribución, comercio, tenencia y utilización, con multa de cincuenta mil una a cinco millones de pesetas, conjunta o alternativamente con suspensión temporal de hasta seis meses de duración, si se trata de armas de defensa personal, de armas de vigilancia y guardería, de armas largas rayadas o de armas largas de ánima lisa.

f) La adquisición, tenencia, cesión o enajenación de armas por particulares, sin tener las autorizaciones o licencias prevenidas al efecto o la alegación de datos o circunstancias falsos para su obtención, con multa de cincuenta mil una a doscientas mil pesetas, si se trata de armas de defensa personal, de armas de vigilancia y guardería, de armas largas rayadas o de armas de ánima lisa.

g) El uso de cualesquiera clase de armas de fuego reglamentadas no incluidas en los apartados b) y c) del artículo 155, careciendo de la licencia, autorización o de la guía de pertenencia, con multas de cincuenta mil una a cien mil pesetas e incautación de las armas.

h) El uso de cualesquiera clase de armas de fuego reglamentarias, con omisión o insuficiencia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las personas y de las cosas, con multas de cincuenta mil una a un millón de pesetas y retirada de las armas y municiones objeto de la infracción, así como de las licencias y guías de pertenencia correspondientes a las mismas, desde seis meses y un día hasta dos años de duración.

i) Portar armas de fuego o de cualesquiera otra clase en establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o es-

parcimiento, salvo en los lugares habilitados para su uso, con multas de cincuenta mil una a setenta y cinco mil pesetas, incautación de las armas y, en su caso, retirada de las licencias o permisos correspondientes.

j) Utilizar armas de fuego o de cualesquiera otra clase, sin adoptar las medidas o precauciones necesarias para no causar peligro, daños, perjuicios o molestias a terceras personas o a sus bienes, o contraviniendo las prohibiciones establecidas en el artículo 146 de este Reglamento, con multas de cincuenta mil una a cien mil pesetas, incautación de las armas y, en su caso, retirada de las licencias o autorizaciones correspondientes.

Artículo 157.

Si no constituyeren delito, serán consideradas infracciones leves y sancionadas:

a) Las tipificadas en los apartados b) a f) del artículo anterior, referidas a armas blancas, de aire comprimido, o las demás comprendidas en las categorías 4.^a a 7.^a, con multas de hasta cincuenta mil pesetas.

b) La omisión de las revistas, de los depósitos o de la exhibición de las armas a los agentes de la autoridad, cuando sean obligatorios:

1.º Con multa de hasta cincuenta mil pesetas y retirada de las armas, cuando se trate de armas de las categorías 1.^a y 2.^a.

2.º Con multa de hasta veinticinco mil pesetas y retirada de las armas, cuando se trate de las restantes armas sometidas a revista.

c) El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la Guardia Civil de la pérdida, destrucción, robo o sustracción de las armas:

1.º Con multa de hasta cincuenta mil pesetas y retirada de la licencia correspondiente cuando se trate de armas que la precisen.

2.º Con multas de hasta veinticinco mil pesetas, cuando se trate de armas que no precisen licencia.

d) El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la Guardia Civil de la pérdida, destrucción, robo o sustracción de las licencias o guías de pertenencia, con multa de hasta veinticinco mil pesetas y retirada de las armas.

e) La omisión de cualquiera otra clase de información o de las declaraciones que sean obligatorias:

1.º Con multa de hasta cincuenta mil pesetas, cuando se trate de armeros profesionales.

2.º Con multa de hasta veinticinco mil pesetas, cuando se trate de particulares.

f) Las demás contravenciones del presente Reglamento no tipificadas como infracciones muy graves o graves, con multas de hasta cincuenta mil pesetas, conjunta o alternativamente con incautación de los

instrumentos o efectos utilizados o retirada de las armas o de sus documentaciones.

Artículo 158.

1. La retirada de las armas implica la desposesión de las mismas y la prohibición de la adquisición y tenencia de otras durante el plazo que se determine, que no podrá exceder de dos años.

2. La retirada de las licencias o autorizaciones especiales supone la revocación de los mismos; constituirá impedimento para su renovación durante el tiempo, no superior a dos años por el que hubiere sido impuesta, e implicará el depósito obligatorio de las armas.

3. Tanto la retirada de las armas como la de las licencias o autorizaciones especiales será comunicada por la autoridad sancionadora al Registro Central de Guías y de Licencias, y se anotará en su caso en la Tarjeta Europea de Armas de Fuego.

Artículo 159.

1. La competencia para imponer las sanciones determinadas en los artículos anteriores será ejercida por los órganos a los que se la atribuye el artículo 29 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, correspondiendo a los Gobernadores civiles y Delegados del Gobierno en Ceuta y en Melilla la competencia con carácter general para la imposición de sanciones por infracciones graves y leves y a los Alcaldes para la sanción de infracciones leves relacionadas con la aplicación de los artículos 105 y 149.5 de este Reglamento.

2. En materia de fabricación, reparación, almacenamiento, distribución, circulación y comercio, será competente para la imposición de sanciones por infracciones muy graves la Dirección de la Seguridad del Estado, a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, y la propia Dirección General para imponer sanciones por infracciones graves o leves.

Artículo 160.

Las infracciones cometidas por los miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales, en relación con la tenencia y uso de armas en el ejercicio de sus funciones, serán sancionadas por las autoridades a las que corresponda

la competencia con arreglo a lo dispuesto en los respectivos regímenes disciplinarios.

Artículo 161.

Cuando de las actuaciones practicadas para sustanciar las infracciones de este Reglamento se deduzca que los hechos pueden ser calificados de infracciones penales, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios, ateniéndose los órganos instructores de dichas actuaciones a lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Artículo 162.

No se podrán imponer las sanciones de suspensión temporal de las autorizaciones de las fábricas, locales o establecimientos ni las de clausura de los mismos sin previa consulta del Ministerio de Defensa, se trata de armas de guerra y del Ministerio de Industria, Comercio Turismo, en otro caso.

Artículo 163.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, para graduar la cuantía de las multas y la duración de las sanciones temporales, dentro de los límites establecidos en el presente Reglamento para cada supuesto, las autoridades sancionadoras se atenderán a la gravedad de las infracciones, a la cuantía del perjuicio causado, a su posible trascendencia para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana y al grado de culpabilidad, reincidencia y capacidad económica del infractor.

Artículo 164.

A efectos de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sobre adopción de medidas cautelares, se tendrán en cuenta las prescripciones siguientes:

1.^a Los depósitos de las armas se efectuarán, tan pronto como sea posible, en una Intervención de Armas de la Guardia Civil.

2.^a Cuando se hayan adoptado las medidas cautelares de suspensión o clausura preventiva de fábricas, locales o establecimientos, de suspensión parcial o total de actividades de los establecimientos, o de retirada preventiva de autorizaciones, el procedimiento sancionador será instruido de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente en materia de procedimiento administrativo.

3.^a En el caso de que sea previsible que solamente se podrán imponer sanciones pecuniarias, no se podrán adoptar las medidas cautelares de suspensión o clausura de fábricas, locales o establecimientos, de suspensión parcial o total de actividades, ni de retirada preventiva de autorizaciones.

CAPÍTULO IX

Armas depositadas y decomisadas

Artículo 165.

1. Al cesar en la habilitación para la tenencia legal de las armas, el interesado deberá depositarlas inmediatamente, con las correspondientes guías de pertenencia:

a) Si se trata de armas de propiedad particular amparadas por licencias A, en los locales que determine el Ministerio de Defensa, en los servicios de armamento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o en la correspondiente Intervención de Armas de la Guardia Civil, cuando los Cuerpos carezcan de servicio de armamento.

b) Si se trata de armas amparadas por cualquier otro tipo de licencia o permiso, en la intervención de Armas de la Guardia Civil que corresponda.

2. En los supuestos a que se refiere el apartado anterior, se procederá en la forma siguiente:

a) El interesado podrá enajenar las armas a personas provistas de la licencia o permiso correspondiente, con las mismas formalidades que si fueran nuevas, o proceder a su inutilización, obteniendo el correspondiente certificado de inutilización. Si ha sido titular de licencia A, también podrá conservar la posesión del arma sin inutilizar, proveyéndose de otro tipo adecuado de licencia, cuando así lo permita el presente Reglamento.

b) En caso contrario, pasado el plazo de un año, podrán ser enajenadas las armas por las Comandancias de la Guardia Civil o servicios de armamento de los Cuerpos o Unidades, en pública subasta, entregándose su importe al interesado o ingresándolo a su disposición en la Caja General de Depósitos.

El plazo será de dos años en los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 126, excepto cuando se produzca la extinción de las empresas u organismos titulares o el cese de los mismos en la realización de servicios de custodia y vigilancia, en cuyo caso el plazo será también de un año, a contar desde la fecha de su depósito.

3. En los supuestos de fallecimiento del titular, se estará en cuanto a plazos a lo dispuesto en el artículo 93.

Artículo 166.

1. Toda autoridad o agente de la misma que, en uso de sus facultades, decomise o intervenga armas de fuego, deberá dar cuenta a la Guardia Civil, depositándolas en la Intervención de Armas correspondiente.

2. En los supuestos en que se trate de armas de guerra o de la categoría 1.^a, o en que el elevado número de aquéllas lo aconseje, serán depositadas en los locales del Ministerio de Defensa que éste determine.

3. Si las armas han de ser enviadas a Tribunales o Juzgados, mientras permanezcan a disposición de los expresados órganos judiciales quedarán depositadas en sus locales, debiendo ser remitidas a las Intervenciones de Armas, una vez que hayan surtido sus efectos en los procedimientos respectivos, las cuales les darán el destino legal que corresponda.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si los Juzgados y Tribunales estimasen que no pueden ser custodiadas las armas en sus locales con las debidas condiciones de seguridad, podrán remitirlas bajo recibo a la Intervención de Armas de la Guardia Civil, donde permanecerán a disposición de aquéllos hasta que surtan sus efectos en los correspondientes procedimientos.

Artículo 167.

1. Si se trata de armas ocupadas por infracción de la Ley de Caza, podrán ser recuperadas por sus dueños en la forma que determina la citada Ley, siempre que tengan, cuando sean necesarios, las marcas, números y punzones de bancos oficiales de pruebas y aquéllos tengan las licencias y guías de pertenencia en vigor.

2. Las que no hayan sido recuperadas por sus dueños se venderán en pública subasta, según previene el Reglamento para la aplicación de la Ley de Caza, a personas habilitadas para su posesión.

Artículo 168.

1. Las empresas de seguridad o de transporte, así como los armeros o particulares darán cuenta inmediatamente a la Guardia Civil de las armas

de cualquier clase que aparecieren o permanecieren en los respectivos ámbitos o de las que no se hicieren cargo los destinatarios o titulares.

2. Por las Intervenciones de Armas correspondientes, se procederá a la inmediata recogida y depósito de las mismas para darles el destino reglamentario.

3. Si tuviesen, cuando fueren necesarios, las marcas, números y punzones de bancos oficiales de pruebas oficiales o reconocidos, se subastarán en la forma prevenida en los artículos anteriores, abonándose los gastos de almacenaje y de transporte con el importe de las propias armas.

Artículo 169.

1. Las aduanas entregarán a la Guardia Civil cuantas armas intervengan como consecuencia de procedimientos de abandono o por cualquier otra causa.

2. En las importaciones, cuando las armas llegadas a las fronteras, puertos o aeropuertos no fuesen retiradas por sus destinatarios, después de despachadas por las aduanas serán remitidas a la Intervención de Armas correspondiente, que ordenará su depósito, en el que se mantendrán durante un año, como máximo, a disposición de los interesados, dando aviso a los mismos. También se ordenará el depósito de las armas transferidas desde otros países miembros de la Comunidad Económica Europea que no fuesen retiradas por sus destinatarios.

3. En el caso de que tengan, cuando sean necesarios, las marcas, números y punzones de bancos oficiales de pruebas o reconocidos, la Guardia Civil procederá en la misma forma prevenida en los artículos anteriores y entregará a la aduana el importe líquido que produzca la subasta de aquéllas.

4. En las exportaciones y en las transferencias dirigidas a otros países miembros de la Comunidad Económica Europea, caso de que las armas enviadas a las fronteras, puertos o aeropuertos no saliesen de territorio español o no fuesen recogidas por sus destinatarios, podrán ser devueltas a su procedencia, bastando para ello que la Intervención de Armas de la Guardia Civil haga constar tal circunstancia en la guía y devuelva la filial recibida.

Artículo 170.

1. En los supuestos de los artículos precedentes, siempre que las armas carezcan, cuando sean necesarios, de marcas, número o punzones de bancos oficiales de pruebas o se trate de armas prohibidas, se destruirán en forma tal que no pueda ser aprovechada ninguna de sus piezas.

2. La destrucción se efectuará en las Comandancias de la Guardia Civil, levantándose acta en la que consten las armas destruidas, con ex-

presión, en su caso, de marca, calibre y número. Una copia de la referida acta sera remitida al Registro Central de Guías y de Licencias.

Artículo 171.

El importe de la venta de las armas y, en su caso, de la chatarra o producto de la destrucción a que se refieren los artículos anteriores, siempre que no haya persona o entidad con derecho al mismo, recibirá el destino legalmente prevenido.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA

1. Las solicitudes de autorizaciones, licencias y reconocimientos de coleccionistas, regulados en el presente Reglamento, se consideraran desestimadas y se podrán interponer contra su desestimación los recursos procedentes, si no recaen sobre ellas resoluciones expresas dentro del plazo de tres meses y de la ampliación del mismo, en su caso, a contar desde su presentación, sin perjuicio de la obligación de las autoridades competentes de resolver expresamente en todo caso.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior sera aplicable a las autorizaciones, licencias y reconocimientos de coleccionistas para la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y sus piezas fundamentales, así como para su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación, su tenencia y utilización.

RESOLUCION de 1 de febrero de 1993, de la Dirección General de Seguros (BOE 43/93, de 19 de febrero), por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte e incapacidades temporales y permanentes que resultan de aplicar durante el año 1993 el sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, a que se refiere la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 marzo 1991.

Esta Dirección General ha acordado dar publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte e incapacidades temporales y permanentes que resultan de aplicar durante el año 1993 el sistema para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, a que se refiere la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, mediante la publicación de dichas cuantías como anexo a la presente Resolución.

ANEXO QUE SE CITA

TABLA I

INDEMNIZACIONES BÁSICAS POR MUERTE
 (En miles de Ptas.)

| BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACION | EDAD DE LA VICTIMA | | | |
|---|--------------------|-----------------|-----------------|----------------|
| | HASTA 18 AÑOS | DE 19 A 65 AÑOS | DE 66 A 80 AÑOS | MAS DE 80 AÑOS |
| <i>Sólo cónyuge</i> | — | 11.321 | 8.793 | 6.265 |
| <i>Cónyuge con hijos menores</i> | — | | | |
| * Con un hijo | — | 13.849 | 11.321 | |
| * Con dos hijos | — | 16.377 | 13.849 | |
| * Con tres hijos | — | 18.798 | 18.377 | |
| * Por cada hijo a partir de tres | — | 2.528 | 2.528 | |
| * Concurriendo hijos mayores (cada hijo) | — | 1.319 | 1.319 | |
| <i>Cónyuge con hijos mayores</i> | — | | | |
| Convivencia de hijos con la víctima | — | | | |
| * Con un hijo | — | 12.530 | 11.321 | 7.474 |
| * Con dos hijos | — | 13.849 | 12.530 | 8.134 |
| * Con tres hijos | — | 15.058 | 13.849 | 8.793 |
| * Por cada hijo a partir de tres | — | 1.319 | 1.319 | 659 |
| <i>Concurriendo hijos sin convivencia (cada hijo)</i> | — | 859 | 659 | 659 |
| Sin convivencia de hijos con la víctima | — | | | |
| * Con un hijo | — | 11.321 | 8.793 | 6.285 |
| * Con dos o más hijos | — | 12.530 | 10.002 | 7.474 |
| <i>Cónyuge con ascendientes</i> | — | | | |
| Con los padres de la víctima | — | 12.530 | 8.793 | |
| <i>Sólo hijos menores</i> | — | | | |
| Uno y dos hijos | — | 15.058 | 12.530 | |
| Tres hijos | — | 18.796 | 16.377 | |
| Cuatro hijos | — | 21.324 | 18.796 | |
| Por cada hijo a partir de cuatro | — | 2.528 | 2.528 | |
| Concurrencia de hijos mayores (cada hijo) | — | 659 | 659 | |

INDEXACION AUTOMÁTICA ANUAL EN BASE AL S.M.I. 1993: 58.540 PTAS./MES.

IMPORTANTE: LAS RELACIONES DE HECHO CONSOLIDADAS, SE ASIMILARÁN A LAS SITUACIONES DE DERECHO PARA LA APLICACION DE ESTA TABLA Y DE LOS FACTORES DE CORRECCION CORRESPONDIENTES.

TABLA I (CONT.)
INDEMNIZACIONES BÁSICAS POR MUERTE
 (En miles de Ptas.)

| BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACION | EDAD DE LA VICTIMA | | | |
|---|--------------------|-----------------|-----------------|----------------|
| | HASTA 18 AÑOS | DE 19 A 65 AÑOS | DE 66 A 80 AÑOS | MAS DE 80 AÑOS |
| <i>Sólo hijos mayores</i> | — | | | |
| Convivencia de los hijos con la víctima | — | | | |
| * Uno y dos hijos | — | 10.002 | 10.002 | 5.056 |
| * Tres hijos | — | 11.321 | 11.321 | 6.265 |
| * Por cada hijo a partir de tres | — | 859 | 659 | 0 |
| Sin convivencia de los hijos con la víctima | — | | | |
| * Uno y dos hijos | — | 8.793 | 6.285 | 5.056 |
| * Tres hijos | — | 10.002 | 8.793 | 5.056 |
| * Por cada hijo a partir de tres | — | 659 | 659 | 0 |
| <i>Sólo ascendientes</i> | — | | | |
| Padres | — | | | |
| * Convivencia con la víctima | 10.112 | 11.321 | 7.474 | 0 |
| * Sin convivencia con la víctima | 7.474 | 7.474 | 6.285 | 0 |
| Abuelos (Sin padres) | 5.058 | 5.056 | 0 | 0 |
| <i>Sólo colaterales</i> | | | | |
| Convivencia con la víctima | | | | |
| * Uno y dos hermanos | 7.474 | 7.474 | 6.285 | 5.056 |
| * Tres o más hermanos | 8.793 | 8.793 | 8.793 | 6.285 |
| Sin convivencia con la víctima | | | | |
| * Uno y dos hermanos | 5.058 | 6.285 | 5.055 | 3.737 |
| * Tres o más hermanos | 7.474 | 8.793 | 6.265 | 3.737 |

INDEXACION AUTOMÁTICA ANUAL EN BASE AL S.M.I. 1993: 58.530 PTAS./MES.

IMPORTANTE: LAS RELACIONES DE HECHO CONSOLIDADAS, SE ASIMILARAN A LAS SITUACIONES DE DERECHO PARA LA APLICACION DE ESTA TABLA Y DE LOS FACTORES DE CORRECCION CORRESPONDIENTES.

TABLA II

**FACTORES DE CORRECCIÓN POR LA VALORACIÓN DE
LAS INDEMNIZACIONES POR MUERTE**

Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas de la TABLA I

| DESCRIPCION | PORCENTAJE DE AUMENTO | PORCENTAJE REDUCCION |
|---|-----------------------|----------------------|
| — <i>Perjuicios económicos</i> (Pérdida de ingresos familiares a consecuencia del fallecimiento) <i>HASTA 2.926.500 Ptas. anuales</i> (50 unidades del SMI mensual) (*) | Sin aplicación | |
| <i>DESDE 2.926.500 Ptas. anuales hasta 5.853.000 Ptas.</i> (de 50 hasta 100 unidades del SMI mensual) (*) | Hasta 25 % | |
| <i>Más de 5.853.000 Ptas.</i> (más de 100 unidades de SMI mensual) (*) | Hasta 50 % | |
| — <i>Circunstancias familiares especiales</i> | | |
| — Minusvalía física o psíquica acusada del heredero perjudicado (según circunstancias) | Hasta 100 % (1) | |
| — Víctima hijo único (según edad, convivencia y estado civil) | Hasta 50 % | |
| — Fallecimiento de ambos padres en el accidente | | |
| * Sin hijos menores | Hasta 25 % | |
| * Con hijos menores o incapacitados | Hasta 100 % (2) | |
| — Fallecimiento de mujer embarazada, con pérdida de feto | | |
| * Si el concebido fuera el primer hijo | Hasta 40 % | |
| * Si tuviera más hijos | Hasta 25 % (3) | |
| — <i>Circunstancias sociales u ocupacionales relevantes de la víctima</i> (Cargo, función, prestigio social, popularidad, perspectiva profesional futura, etc.) | Hasta 20 % | |
| — <i>Criterios jurídicos</i> (Concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias) | — | Hasta 75 % |

(1) Sobre la cuota correspondiente a un hijo menor.

(2) Sobre la indemnización conjunta de ambos padres, en función de la edad de los hijos y demás circunstancias relevantes.

(3) Sobre la indemnización de la madre fallecida.

(*) SMI 1991: 58.530 Ptas./mes.

TABLA III
VALORES DEL PUNTO PARA DETERMINAR
LAS INDEMNIZACIONES BÁSICAS
POR INCAPACIDADES PERMANENTES

| EDADES PUNTOS | PESETAS POR PUNTO | | | | |
|------------------|---------------------|-----------------|-----------------|-----------------|-------------------|
| | MENOS DE 20 AÑOS | 21 A 40 AÑOS | 41 A 55 AÑOS | 58 A 85 AÑOS | MAS DE 85 AÑOS |
| 1 | 57.282 | 53.032 | 48.780 | 44.906 | 40.183 |
| 2 | 60.688 | 56.041 | 61.413 | 47.414 | 41.648 |
| 3 | 64.053 | 59.051 | 54.046 | 48.921 | 43.808 |
| 4 | 67.438 | 62.060 | 58.680 | 52.429 | 45.458 |
| 5 | 70.824 | 68.069 | 59.313 | 54.937 | 47.214 |
| 6 | 74.209 | 68.078 | 61.945 | 57.444 | 48.969 |
| 7 | 77.596 | 71.087 | 64.678 | 59.952 | 50.725 |
| 8 | 80.980 | 74.067 | 67.212 | 62.460 | 52.480 |
| 9 | 84.366 | 77.106 | 69.845 | 64.967 | 54.236 |
| 10-14 | 87.752 | 80.115 | 72.478 | 67.475 | 55.991 |
| 15-19 | 108.822 | 96.861 | 87.898 | 81.517 | 64.113 |
| 20-24 | 123.539 | 113.277 | 103.016 | 95.284 | 72.078 |
| 25-29 | 140.807 | 129.371 | 117.836 | 108.782 | 79.882 |
| 30-34 | 157.938 | 145.151 | 132.367 | 122.015 | 87.534 |
| 35-39 | 174.830 | 160.821 | 146.612 | 134.989 | 95.037 |
| 40-44 | 190.988 | 175.788 | 160.576 | 147.708 | 102.384 |
| 45-49 | 207.042 | 190.657 | 174.271 | 160.177 | 108.606 |
| 50-54 | 222.776 | 206.236 | 187.696 | 172.403 | 116.676 |
| 55-59 | 238.199 | 216.527 | 200.865 | 184.388 | 123.608 |
| 60-64 | 253.310 | 233.538 | 213.759 | 196.138 | 130.403 |
| 65-69 | 267.158 | 247.275 | 226.407 | 207.659 | 137.066 |
| 70-74 | 282.677 | 260.743 | 238.810 | 218.962 | 143.598 |
| 75-79 | 298.826 | 273.946 | 260.969 | 230.025 | 150.002 |
| 80-84 | 310.895 | 286.891 | 262.889 | 240.881 | 156.280 |
| 85-89 | 324.589 | 289.582 | 274.575 | 251.523 | 162.436 |
| 90-99 | 338.017 | 312.024 | 286.032 | 261.958 | 168.471 |
| 100 | 351.190 | 324.222 | 297.265 | 272.187 | 174.387 |

* REPRESENTA SEIS MENSUALIDADES DEL S.M.I. DE 1993 (58.530 PTS./MES)

TABLA IV

**FACTORES DE CORRECCIÓN POR LA VALORACIÓN DE
LAS INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDADES PERMANENTES**

Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas

| DESCRIPCION | PORCENTAJE DE AUMENTO | PORCENTAJE REDUCCION |
|---|--|----------------------|
| <p>— <i>Perjuicios económicos</i></p> <p>(Pérdida de ingresos familiares a consecuencia de la incapacidad permanente)</p> <p>HASTA 2.926.500 Ptas. (50 unidades del SMI mensual 1993)*</p> <p>DESDE 2.926.500 PTAS. HASTA 5.853.000 PTAS. (De 50 hasta 100 unidades del SMI mensual)</p> <p>Más de 5.853.000 PTAS. (Más de 100 unidades de SMI mensual)</p> | <p align="center">Sin aplicación</p> <p align="center">Hasta 25 %</p> <p align="center">Hasta 50 %</p> | |
| — <i>Perjuicios morales y de disfrute o placer</i> | (1) | |
| <p>— <i>Necesidad de ayuda de otra persona</i></p> <p>Derivada de la incapacidad de la víctima para realizar por sí misma las actividades elementales de la vida diaria</p> | Estimación del coste | |
| <p>— <i>Criterios jurídicos</i></p> <p>(Concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o agravación de las consecuencias de éste)</p> | — | Hasta 75 % |
| <p>— <i>Incapacidades anteriores o ajenas al accidente</i></p> <p>Según su influencia en la secuela final resultante</p> | — | Hasta 50 % |

GRANDES INVALIDOS, ESTADOS DE COMA Y OTROS INCAPACITADOS EXCEPCIONALES

Para la mejor protección de los intereses de la víctima, la indemnización para satisfacer los perjuicios económicos y su asistencia personal y sanitaria, podrá consistir en una renta vitalicia mediante el Depósito Bancario necesario o póliza de Seguro de Vida.

En casos excepcionales, podrá otorgarse una indemnización mixta consistente, además de la renta vitalicia, en una indemnización de cuantía fija para el incapacitado y familiares que con él convivan.

Normalmente, de la indemnización resultante, a excepción del supuesto previsto en el párrafo anterior, se destinará un 10 % — 20 % como pago inmediato para atender gastos inherentes a la adecuación de la vivienda y otros similares, por razón de la minusvalía sufrida.

(1) Perjuicios considerados en la indemnización básica. Excepcionalmente podrá aplicarse un porcentaje de aumento, en función de la importancia del perjuicio ocasionado al propio * SMI 1993: 58.530 Ptas./mes.

TABLA V

**VALORACION ECONÓMICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
COMPATIBLE CON LA INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD
PERMANENTE**

A — INDEMNIZACIONES BASICAS

| EDAD DEL LESIONADO | INDEMNIZACION DIARIA (PTAS.) | INDICES 100 = SMI 1991 |
|-------------------------|---------------------------------|---------------------------|
| — Hasta 18 años | 3.854 | 299 * |
| — De 19 a 65 años | 5.501 | 282 ** |
| — Más de 65 años | 3.299 | 256 * |

B — FACTORES DE CORRECCION

(Porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas)

| PERJUICIOS ECONOMICOS ACREDITADOS | PORCENTAJE DE AUMENTO |
|--|--------------------------|
| (Pérdida neta de ingresos económicos por la incapacidad temporal) | |
| — <i>Hasta 2.926.500 Ptas. anuales</i> (50 unidades del SMI mensual) | Sin aplicación |
| — <i>Desde 2.926.500 Ptas. hasta 5.853.000 Ptas. anuales</i> (De 50 unidades del SMI mensual hasta 100) | Hasta 25 % |
| — <i>Más de 5.853.000 Ptas. anuales</i> (Más de 100 unidades del SMI mensual) | Hasta 50 % |

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 1993

| | <u>DIARIO</u> |
|-------------------------------------|---------------|
| * Menores de 18 años (Ptas.) | 1.289 |
| ** Mayores de 18 años (Ptas.) | 1.951 |

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

**Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento
de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio**

Instrucción núm. 1/93, de 16 de marzo

SUMARIO: A) INTRODUCCION Y PRINCIPIOS INSPIRADORES. B) ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL ANTES DE LA INICIACION DEL EXPEDIENTE: VALORACION DE LOS HECHOS DENUNCIADOS Y DECISIONES A ADOPTAR.—1. Las infracciones hábiles para iniciar expedientes.—2. Interpretación y análisis de la regla 1.^a del artículo 15. a) Imposibilidad de incoar diligencias previas. b) Iniciación del expediente, diligencias informativas y archivo. c) Notificación del acuerdo de archivar las actuaciones. d) Legitimación para dictar el auto ejecutivo derivado del archivo de las actuaciones, previsto en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor. e) Modificación del acuerdo de archivo.—3. La alternativa archivo-apertura de expediente con o sin imposición de medidas, ante la concurrencia de causas de extinción de la responsabilidad, de inculpabilidad o de exclusión de la pena. C) APERTURA Y DESARROLLO DE EXPEDIENTE HASTA SU CONCLUSION.—1. Trámites y actuaciones inmediatas a la apertura. a) ¿Expedientes por menor o expedientes por hecho? b) Participación al Juzgado de Menores de la incoación del expediente. c) Partes procesales. d) Las medidas cautelares. a') Cuestiones generales. b') Detención e internamiento provisional en un Centro cerrado. e) Informe del Equipo Técnico.—2. La investigación atribuida al Ministerio Fiscal: extensión y límites.—3. Apertura de la fase de comparecencia del menor. a) Archivo o conclusión de las actuaciones sin comparecencia y sin adopción de medidas. b) La comparecencia del menor ante el Juez: contenido y formas de terminación del expediente. c) Conclusión del expediente y escrito de alegaciones del M.F.: peticiones que puede comprender. d) La audiencia: trámites previstos y celebración. e) La resolución del Juez y medidas a adoptar. f) La suspensión del fallo. g) Ejecución y revisión de las medidas. h) Los recursos en la Ley orgánica 4/1992. i) Régimen transitorio en los órdenes sustantivo y procesal.

A. INTRODUCCIÓN Y PRINCIPIOS INSPIRADORES:

En aquellas ocasiones en que la ofensa a un bien jurídico tutelado penalmente tiene por sujeto del injusto a un menor de edad, es comprensible que el ordenamiento jurídico acomode su respuesta a la verdadera culpabilidad predicable de aquél.

Esta actitud jurídico-institucional frente al injusto protagonizado por el menor no es, desde luego, novedosa. Sin perjuicio de los diversos enfoques con que aquella peculiar respuesta ha tratado de ser justificada, lo cierto es que un repaso por el derecho penal histórico evidencia la fijación de una edad —sujeta, eso sí, a sensibles fluctuaciones— que representa una barrera infranqueable para la aplicación de los instrumentos convencionales de que el derecho punitivo se vale para la consecución de sus fines.

El Código Penal de 1822 ya apuntaba en su art. 23 que no podía ser considerado como delincuente ni culpable «en ningún caso el menor de siete años cumplidos». Para los mayores de esa edad, pero menores de diecisiete, el mismo precepto arbitraba una suerte de anticipado juicio de imputabilidad, de tal manera que «se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo que resulte y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales». La decisión que se adoptara en relación con esa capacidad de discernimiento era determinante, bien de una medida de corrección de naturaleza familiar, bien del internamiento por el tiempo que se creyera conveniente, «con tal de que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad».

El Código Penal de 1848, en su art. 8.2 reputaba exento de responsabilidad criminal al menor de 9 años, respecto del que se presumía, con carácter *iuris et de iure*, su falta de imputabilidad. Tal exención era predicable, también, del mayor de 9 años y menor de 15, si bien ausencia del discernimiento. A tal fin, el Tribunal debía hacer «declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararlo irresponsable». Tal criterio fue incorporado a los textos de los Códigos Penales de 1850 y 1870.

Fue el Código Penal de 1928 el que, en el art. 55, bajo la rúbrica genérica «De la irresponsabilidad» —Cap. II, del Título II, Libro I— y entre las «causas de inimputabilidad», acogió la del menor de 16 años, previendo en su art. 855 una fórmula procesal alternativa para el enjuiciamiento de menores en aquellos territorios a los que no alcanzara la jurisdicción de los Tribunales Tutelares.

La fijación de la edad de 16 años que efectuara el Código Penal de 1928, ha pervivido hasta nuestros días, no añadiendo los Códigos que siguieron a aquél ninguna novedad mencionable, como no sea la imposición que el art. 8.2 párrafo 3 del Código de 1932 hacía al órgano

decisorio cuando le exigía tener «siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido».

La necesidad de un tratamiento diferenciado para el menor que atenta contra los bienes jurídicos que socialmente se reputan merecedores de protección reforzada, no es cuestionada. Las variaciones han surgido, sobre todo, a la hora de explicar el porqué de la exención.

Desde el enfoque más tradicional, la imputabilidad venía siendo entendida como capacidad de conocer y querer. Sin embargo, la simple aproximación a algunas formas de delincuencia juvenil en que aquellas notas pueden estar bien presentes, obligan a un replanteamiento del sustento teórico sobre el que apoyar la ausencia de culpabilidad en el menor, que no puede hacerse depender, en exclusiva, de su discernimiento.

Concepciones más recientes, suelen catalogar como elementos definitorios del juicio de imputabilidad la capacidad de comprensión de lo injusto y la capacidad de autodeterminación, esto es, la aptitud para dirigir las propias actuaciones conforme a aquel entendimiento. Como quiera que en el menor falta la capacidad de comprensión del alcance ilícito de la conducta que despliega y, para el caso de que sí capte la relevancia ilícita de su acto, faltaría la capacidad de autodeterminación, es preciso excluir la afirmación de su culpabilidad.

Sin embargo, hoy más que nunca, reconociendo la validez general de esta concepción acerca de la capacidad de culpabilidad, se hace necesario indagar un fundamento renovado que haga más aprehensible la inimputabilidad del menor y la aplicación a éste de un proceso diferenciado.

Desde una visión de la culpabilidad basada en la afirmación del libre albedrío, puede admitirse sin objeciones la fijación de la frontera de la imputabilidad en la capacidad de autodeterminación. Las dificultades de todo orden para llegar a proclamar ese libre albedrío, sugieren una revisión que, por otra parte, va a condicionar conclusiones interpretativas de singular importancia a la hora de abordar la aplicación de la ley y las medidas que ésta regula.

Sólo desde la concepción de la norma penal como un instrumento motivador para el respeto a los bienes jurídicos que socialmente se estiman dignos de una más intensa y eficaz protección, puede explicarse la ausencia de culpabilidad del menor. La norma penal encierra en sí un mensaje motivador dirigido a obtener la protección de los bienes tutelados penalmente. Sin embargo, el derecho penal parte de la consideración incontestable de que el sujeto del injusto menor de dieciseis años no es un sujeto motivable mediante la norma penal. El menor de edad penal no puede llegar a conocer, en su verdadera dimensión, el significado imperativo ínsito en la Ley penal.

Resulta indiscutible que, en ocasiones, las dificultades de desenvolvimiento y la hostilidad propia de determinados entornos sociales pueden provocar un desarrollo —sólo aparente— de la capacidad del

menor para relacionarse en el medio comunitario en el que se ve obligado a vivir. Ello puede traer consigo una mayor conciencia en aquél acerca de cuáles sean los valores jurídicos cuya ofensa se reputa socialmente indeseable.

Sin embargo, ello no es obstáculo para la predicada ausencia de imputabilidad por incapacidad de motivación normativa. Y es que el mensaje motivador que podría llegar a captar ese menor le llegaría, por su propia edad, distorsionado, con sensibles alteraciones respecto de su verdadera dimensión. El sistema penal no puede dar la espalda a tal circunstancia, pues esa inferior capacidad de culpabilidad ha de tener un adecuado reflejo a la hora de enjuiciar el comportamiento del menor de edad. La norma no puede desplegar la intensidad motivadora que, de ordinario, encierra.

En definitiva, esa deformada motivación que pudiera apreciarse en la conducta injusta del menor no podría ser utilizada lícitamente por un Derecho penal encaminado a limitar su función preventiva en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable. Y es que la falta de escándalo social ante la exculpación del menor se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político criminal según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal.

Tal forma de concebir el presupuesto de la imputabilidad del menor condiciona el proceso de aproximación exegética al nuevo texto legal. Es ineludible, pues, despojarse de cualquier prejuicio retributivo a la hora de indagar el verdadero sentido de numerosos preceptos de la LO 4/1992. Así, sin perjuicio de ulteriores precisiones, la nueva redacción del art. 17, expresiva de las medidas que puede acordar el Juez de Menores, no exige recordar que tales medidas no persiguen, en modo alguno, retribuir, reprochar o sancionar. Ni siquiera buscan, de forma más o menos velada, proteger a la colectividad del menor irrespetuoso con los bienes jurídicos ajenos. La amonestación, el internamiento, la libertad vigilada y el resto de medidas adoptables por el Juez sólo tienen sentido desde el esfuerzo social por lograr la normalidad del menor frente al proceso de motivación del precepto penal. El menor que ha colmado el injusto típico no ha captado el anuncio imperativo de la norma y hace aconsejable, mediante el estímulo representado por alguna de aquellas medidas, ser orientado hacia el respeto a los bienes ajenos.

Por la misma razón, carecería de sentido interpretar el catálogo de medidas del citado art. 17 como una escala gradual de sanciones que hubiera de ser recorrida en sentido ascendente o descendente en función de las circunstancias que hubieran presidido la comisión del injusto. Los Fiscales han de ver en los siete apartados que integran aquel precepto distintas medidas, de diversa naturaleza, de variada ejecución pero de idéntica finalidad: motivar al menor en la respetuosa integridad de los bienes jurídicos ajenos objeto de especial tutela.

Desde tal punto de vista, también habrá de ser resuelta la duda acerca de si tales medidas pueden ser aplicadas de forma simultánea, o si pueden ser sustituidas a lo largo del proceso de ejecución. Todo aquello que, debidamente respaldado por los informes técnicos, pueda contribuir a un mejor logro del fin motivador perseguido, ha de ser reputado como aceptable por el Ministerio Fiscal. Se trataría, en definitiva, de incorporar al proceso interpretativo la sugerencia del Tribunal Constitucional cuando justificó la necesidad de «admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderarlas circunstancias personales y sociales del menor» (sent. TC 36/1991). La misma discrecionalidad es alentada por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas —reglas de Beijing— que, en su apartado 6.1, propugna «un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales» y ello «habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores».

Idéntico talante interpretativo ha de presidir la búsqueda de un sentido jurídico a la afirmación hecha por la Disposición adicional segunda de la LO 4/1992 cuando señala que «en lo no previsto expresamente en esta Ley, serán supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal». Tal afirmación normativa —de más que dudoso acierto en su formulación— sólo cobra verdadero significado si se entiende como un deseo legislativo de extender al menor el cuadro de garantías jurídicas que la ley penal y procesal acogen en su articulado.

Repárese, además, que la simple mención del Código Penal produce el efecto de expandir en el sistema normativo aplicable al menor las garantías derivadas del principio de tipicidad como manifestación genuina del principio de legalidad. Los perfiles del injusto típico que pueda cometer el menor sólo pueden ser indagados a la vista de la tipicidad proclamada por el propio Código Penal. De ahí que no sea posible buscar peculiaridades típicas en la ofensa desencadenada por la conducta del menor. El principio de legalidad, de indiscutible proyección en el sistema jurídico llamado a enjuiciar a aquél, no debe conocer matices cuando de lo que se trata es de concretar el hecho injusto protagonizado por el menor. Se aparta aquí el nuevo texto del criterio previgente en el que el hecho que podía provocar la intervención de la justicia de menores podía estar integrado, no ya por delitos y faltas calificados como tales por el Código Penal, sino por infracciones «consignadas en las leyes provinciales y municipales» e incluso conductas no tipificadas penalmente (cfr. art. 9.1, b y c de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948).

La llamada aplicación supletoria que la misma Disposición Adicional hace, respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reaviva el interrogante acerca de si el sistema de enjuiciamiento diseñado por la LO 4/1992 responde a la naturaleza de un verdadero proceso con todas las inferencias que ello implica. La promulgación de la Ley Orgánica

6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial, concibió un órgano genuinamente jurisdiccional para el examen de los hechos injustos realizados por menores (art. 26). Tal idea, unida al análisis de los textos internacionales que proclaman los derechos de la infancia, permiten concebir el proceso del menor como un verdadero proceso, con variantes y especialidades, pero rodeable, eso sí, del círculo de garantías aplicables a todo sujeto del injusto que es llamado a enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/91, de 14 de febrero —véanse también la sentencia 71/1990 y los autos 473/87 y 952/88— y de manera inequívoca se decanta el propio legislador que a la hora de buscar la rúbrica adecuada al nuevo texto, no dudó en emplear términos tan genuinamente procesales como los de «competencia y procedimiento». Con idéntica explicitud, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), en su apartado 7, imponen a los Estados firmantes el compromiso de que «en todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas...», haciendo lo propio el apartado III. 8 de la Recomendación núm. R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

La conclusión a la que se llega en torno a la naturaleza procesal del cauce dispuesto por la LO 4/1992 no legitima, sin embargo, una actitud interpretativa de los Sres. Fiscales que condujera a un rígido automatismo en lo que pudiera reputarse el sometimiento procesal del menor por todo hecho injusto. Los textos internacionales reiteran de manera insistente algo que no puede ser olvidado. Y es que el proceso, por más exigencias garantistas que lo acompañen, no deja de ser un mal para quien puede llegar a carecer, en ocasiones, de la capacidad precisa para captar su genuina dimensión.

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sugieren la búsqueda de una respuesta óptima al hecho injusto realizado por el menor, cuando fuera posible, a extramuros del proceso. Así, en la regla 11, se aconseja examinar «la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes (...) para que los juzguen oficialmente». Se añade que tal solución podrá ser adoptada por autoridades no jurisdiccionales «sin necesidad de vista oficial». Con la misma claridad se expresa la ya citada Recomendación núm. R(87) 20, que insta a los Gobiernos de los Estados miembros a revisar su legislación y su práctica con miras a una «desjudicialización», alentando «el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución» (apartado II). Con mayor fuerza jurídica, si cabe, el art. 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los Estados miembros a examinar, «siempre que fuera apropiado, la conveniencia de tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardas jurídicas».

Sólo desde esta óptica son interpretables las dudas que pudieran surgir en torno a la posibilidad —con amparo en el nuevo art. 15 de la LO 4/1992— de un archivo de plano acordado por el Fiscal como, más adelante, se razona; o el alcance de la petición de «dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones» a que se refiere el apartado 6, párrafo 2 del art. 15.

Como es fácilmente deducible, el tope de edad fijado por el art. 9.2 del Código Penal representa una frontera que no admite excepción. Como en otras ocasiones acontece —no sólo en el ámbito del derecho penal— ello encierra un inevitable grado de convencionalismo que, sin embargo, se ve recompensado por su aportación a la realización de la seguridad jurídica como valor constitucional.

Para el cómputo de los dieciséis años, edad que determina que el menor alcance un *status* procesal situado a extramuros de la jurisdicción de menores, no ha de ser aplicable el criterio que, para la determinación de la mayor edad, se establece en el art. 315 del Código Civil, según el cual, a estos efectos, «se incluirá completo el día del nacimiento». Ello supondría, según anuncia la doctrina mayoritaria y acoge el Tribunal Supremo, una interpretación en perjuicio de quien tiene a su favor los principios inspiradores del derecho penal (cfr. sent. TS 14 de enero de 1988, ponente Morenilla Rodríguez). Se impone, en consecuencia, un criterio de delimitación de la edad momento a momento. Para ello, en aplicación de lo previsto en el art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se traerá al expediente inscripción de nacimiento solicitada del Registro Civil. En la medida, en que la certificación literal es expresiva de la hora en que se produjo el alumbramiento, el contraste de ésta con el momento de comisión del hecho injusto, permitirá una conclusión acertada acerca de la verdadera edad del menor. Lo que ha de quedar fuera de toda duda es que las dificultades interpretativas que puedan alcanzar a los Sres. Fiscales sólo podrán ser solventadas en favor del menor.

Pero no termina ahí la incidencia del transcurso del tiempo en los criterios de aplicación de la LO 4/1992. Así, es necesario dar respuesta a la posibilidad, no descartable, de que el descubrimiento de la comisión de un hecho ilícito por parte de un menor se produzca cuando éste haya cumplido los dieciséis años y, en consecuencia, se halle fuera de la jurisdicción de menores. Ciertamente es que de la respuesta a tal interrogante puede depender, en ocasiones, la impunidad de hechos delictivos especialmente graves. Sin embargo, el proceso diseñado para el enjuiciamiento del menor, las medidas tendentes a lograr su motivación en el respeto a los bienes jurídicos ajenos, sólo se explican y justifican por y para el menor. Cuando éste ya ha dejado de ser tal, carecen de todo fundamento. De la misma manera que se distanciaría del sentido común un proceso en un Juzgado de Menores para un menor que ya no existe, carecería de lógica un sumario en un Juzgado de Instrucción por hechos

cométicos, durante la minoría de edad penal, por quien ya supera los dieciséis años.

La dificultad advertida pone en evidencia, una vez más, el tributo al insustituible convencionalismo legal consistente en fijar una edad llamada a actuar de frontera jurisdiccional. En cualquier caso, ese descubrimiento *a posteriori* del injusto cometido por el menor no permitirá un examen retroactivo del hecho. Nada impide, sin embargo, que quien se sienta perjudicado por ese comportamiento del menor que va a quedar ayuno de la adecuada respuesta jurisdiccional, pueda instar en vía civil la reparación del perjuicio con fundamento en el art. 20 del Código Penal.

Lo que sí resulta evidente es que esa imposibilidad de enjuiciamiento extemporáneo por el Juzgado de Menores no puede ser contemplada desde la simplista óptica de la impunidad. Los principios que explican esta peculiar jurisdicción, la necesidad de descartar cualquier atisbo retribucionista, impiden una actitud de inadmisibles frustración por el hecho no enjuiciado.

Con idéntica línea interpretativa han de ser resueltos los problemas que pudieran plantear la comisión de un delito continuado en el transcurso de cuya ejecución se alcanza la mayor edad penal. Sólo los hechos cometidos a partir de ese momento podrán ser tenidos en cuenta para la individualización de la conducta a enjuiciar.

Es preciso, sin embargo, no dar la espalda a la existencia de un precepto cuya vigencia no se ha visto afectada, de forma expresa, por la entrada en vigor de la LO 4/1992. Se trata del art. 18 del Texto Refundido que permite una prolongación temporal de alguna de las medidas adoptadas en relación con un menor enjuiciado y que, durante su aplicación, se sitúa fuera del tope de los dieciséis años señalados como barrera jurisdiccional. Su existencia puede proporcionar un valioso criterio interpretativo para casos límites en los que una estricta aplicación de la nueva filosofía legislativa pueda conducir a soluciones de difícil aceptación social.

B) ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL ANTES DE LA INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE: VALORACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS Y DECISIONES A ADOPTAR.

1. Las infracciones hábiles para iniciar expedientes

En la decisión sobre tramitación o no de un expediente han de valorarse detenidamente los hechos y la situación personal y social del menor, particularmente si el menor ha realizado con anterioridad otras infracciones delictivas.

La apertura de expedientes por supuestos no especialmente graves, cuenta con el argumento central de que deben abarcarse todos los hechos que pongan de manifiesto la peligrosidad del menor, sin olvidar que de ese modo existe un ajuste al principio de legalidad. Pero hay otras razones particulares.

El artículo 9.1, de nueva redacción, atribuye la competencia a los Jueces de Menores para conocer de los hechos *tipificados como delitos o faltas* en las leyes penales. Y la regla 1.^a del artículo 15 dice cuál es el objeto de la denuncia: los hechos comprendidos en el artículo 9.1. No sólo, los hechos graves han de integrar el contenido de los expedientes.

Aparte las normas citadas, en otras se pondera expresamente la alternativa gravedad-no gravedad, con especiales efectos.

Así, *la gravedad del hecho* es circunstancia que condiciona la adopción de la medida cautelar de internamiento (artículo 15.5, párrafo segundo). Y la *poca gravedad de los hechos*, es uno de los datos a que deberá atender el M.F. para proponer la conclusión de las actuaciones (artículo 15.6, párrafo segundo).

En definitiva, debe aceptarse que *los hechos no graves* son hábiles para la iniciación de expedientes. No contamos con textos explícitos en la nueva Ley capaces de conducir a una interpretación restrictiva que condicione la apertura de expedientes a la realización de hechos especialmente graves.

2. Interpretación y análisis de la regla 1.^a del artículo 15

a) *Imposibilidad de incoar diligencias previas*

Según se desprende del texto de la Ley el Ministerio Fiscal no siempre está obligado a iniciar expediente ante una denuncia, sino que «acordará, *en su caso*, la incoación del oportuno expediente» (artículo 15.1.^o). El inciso «en su caso», sólo se entiende pensando que habrá ocasiones en que el M.F. pueda, por diversos motivos, no incoar expedientes. Y un teórico soporte procesal de esa opción serían las diligencias previas a la incoación, o diligencias relativas a menores, semejantes a las tradicionales diligencias indeterminadas de la *praxis* judicial. La apoyatura legal no sólo no es consistente sino que no existe. Mas pese a ello, en la nueva práctica están introduciéndose. En favor de su tramitación se ha sostenido lo siguiente:

Si se incoasen expedientes en todos los casos siempre sería necesario un exámen del menor por parte del Equipo Técnico (artículo 15,4), aún en los supuestos en que desde el principio se apreciara que la nimia entidad de los hechos no aconsejara la intervención de la jurisdicción de menores, debiendo agregarse que aquel informe, en buena medida, su-

pone una injerencia en la intimidad del menor y su familia, desproporcionada ante hechos de poca entidad:

Por otra parte, de iniciarse expedientes siempre, los Equipos Técnicos se verían colapsados con la consiguiente repercusión en la agilidad indispensable a esta jurisdicción. Es preferible la no intervención en muchas ocasiones, a una intervención tardía, siempre antieducativa y distorsionadora.

Tanto el espíritu de la Ley como las normas del procedimiento se armonizan con las diligencias previas, por lo que el principio de intervención mínima ha de tener un mayor peso en esta jurisdicción que en cualesquiera otras y el juego del principio de oportunidad ha de ser también amplísimo.

b) *Iniciación del expediente, diligencias informativas y archivo*

La solución precedente debe ser tachada de irregular. El Fiscal está sujeto a la más estricta legalidad, y este tipo de diligencias, indeterminadas y siempre previas a un eventual expediente, la vulneran. Deben, pues, proscribirse. Criterio que no es nuevo en la doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo. La Circular 2/1969, de 2 de mayo, calificaba a las diligencias previas al verdadero proceso, de inadmisibles por su carácter ilegal y clandestino. Lo que sin embargo no significa que en la vigente legislación no exista ante una denuncia al Ministerio Fiscal más alternativa preliminar que el archivo directo o la incoación del expediente. Hay, en tales casos, que tomar nota del origen de la denuncia y de la posibilidad de un archivo no automático. A estos puntos se dedican las reflexiones que siguen.

Si la denuncia procediera de quienes por razón de sus cargos hubieren tenido noticia de una infracción penal, el M.F. «acordará, en su caso, la incoación del oportuno expediente» (artículo 15,1.^a, inciso primero). Veamos cuál sea el significado de la expresión «en su caso». En una primera visión da a entender que no a toda denuncia ha de subseguir la incoación, porque «en su caso» es expresión hipotética o condicional, opuesta a «en todo caso» o a «en cualquier caso». Trasladados los términos a un plano jurídico, quiere decir que si el M.F. considera que los hechos objeto de la denuncia no constituyen desde luego infracción delictiva, procederá *de plano* a su archivo, al modo previsto expresamente en el artículo 269 de la L.E.C. para las denuncias recibidas por el Juez de Instrucción y en los artículos 785 bis de la L.E.C. y 5 del Estatuto del M.F. para el propio Fiscal, y sin necesidad de una especial motivación paralela a la requerida para la desestimación de la querrela en el artículo 313 de la L.E.Cr., porque en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992 no cabe el ejercicio de acciones por particulares (artículo 15, regla 2.^a, último inciso).

¿Las denuncias provenientes de particulares pueden tener como destino directo inmediato el archivo? Así debe ser. Pero en su literalidad pura, la Ley distingue entre las procedentes de personas que conozcan de los hechos por razón de sus cargos y las demás; y así como para las primeras el acuerdo de incoación es condicional («en su caso»), para las que tengan otro origen, el último inciso del párrafo primero de la regla 1.^a, no contiene el giro «en su caso», estableciéndose que «igual acuerdo adoptará el Fiscal cuando tenga noticia del hecho por denuncia». Y el acuerdo al que se remite es al de incoación. A pesar de ello la falta de precisión y claridad no debe dar lugar a tratamientos procesales diferentes para las denuncias según su origen. Pero es que, además, en el pasaje citado del artículo 15, regla 1.^a se equipara la denuncia del particular al M.F. con el conocimiento directo por el M.F. de la *notitia criminis* adquirido por publicidad» del hecho. Se trataría de una iniciación *ex officio*. ¿Pero el conocimiento por publicidad del hecho determina automáticamente la apertura del expediente? Aquí lo cierto es que las alternativas no son denuncia, archivo, incoación, sino solo incoación-no incoación; si entiende el M.F. que los hechos notorios son delictivos incoación, y en otro caso se abstiene de procedimiento alguno, por lo que no puede haber en esta fase de archivo.

Así en el momento de valorar la denuncia la actitud del Ministerio Fiscal será la siguiente. Si el hecho reúne los elementos indispensables para su concreción típica y el autor está determinado, procede la incoación del expediente. Mas si no se halla suficientemente justificado, parece oportuno que el Ministerio Fiscal en lugar de archivar decida la apertura de diligencias informativas autorizado por las situaciones análogas que se preven en los artículos 5 del Estatuto y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con su resultado incoar o archivar.

Quando la persecución de los hechos delictivos denunciados esté sujeta a requisitos de procedibilidad en el ordenamiento penal, como sucede, entre otros casos, en los daños culposos (artículo 563 del Código Penal), la denuncia capaz para desembocar de forma inmediata en la apertura del expediente ha de provenir de los especialmente legitimados (artículos 563 y 602 del Código Penal).

c) *Notificación del acuerdo de archivar las denuncias*

Hay acto procesal en la resolución de conclusión por archivo impositiva, del expediente, por lo que los interesados (denunciante, eventuales perjudicados) deben ser destinatarios de un acto de comunicación: la notificación del acuerdo de archivo. Esta notificación es obligada tanto en el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en el 5.º del Estatuto, para los casos en que el M.F. entienda que los hechos denunciados no constituyen delito haya o no practicado diligencias de

investigación. Aunque sobre este punto la Ley Orgánica 4/1992 guarda silencio no debe olvidarse que para el procedimiento que instaura son supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición adicional segunda). El contenido del acto se reducirá a expresar la decisión adoptada, con la eventual advertencia del derecho que asiste al denunciante o perjudicados de ejercitar las acciones civiles nacidas del hecho en ese orden jurisdiccional. Además en cuanto resolución que pone fin a un procedimiento es obligado notificarlo a las personas que puedan verse afectadas en armonía con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

d) *Legitimación para dictar el auto ejecutivo, derivado del archivo de las actuaciones, previsto en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor*

Consideración aparte merece el archivo cuando se trate de hechos cubiertos por el seguro obligatorio de vehículos de motor, y en particular, quien está legitimado para dictar el auto ejecutivo.

Lo normal en las denuncias que llegan al M.F. por hechos en que están implicados menores, es que procedan del Juzgado de Instrucción, en donde, tras el análisis del atestado, se ha advertido la menor edad penal de los autores (artículo 789,5,3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En tales casos es el Juez de Instrucción quien ha debido dictar el auto ejecutivo prevenido en el artículo 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1962; y si no constare se remitirá testimonio de todas las diligencias recibidas a esos efectos.

Pero las denuncias de tal naturaleza han podido llegar directamente a Fiscalía, sin pasar por el Juzgado de Instrucción. ¿Quién está legitimado en este supuesto para dictar el auto ejecutivo? El M.F., desde luego, no. Por razones conceptuales, tampoco el Juez de Menores. Excluidos el M.F. y el J de M. quedan aún dos opciones. Una es entender que no debe dictarse título ejecutivo, lo que no se armoniza con el artículo 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 en el que el auto procede siempre que se archiva provisional o definitivamente un procedimiento de orden penal incoado por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad civil. La otra solución es remitir testimonio (por el M.F. o por el J de M según el momento en que se acuerde) al Juez de Instrucción para que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 10, bien porque en la imprudencia automovilística cometida por menores de edad aparezca cierta negligencia por parte de los padres o guardadores, o bien para que los Jueces de Instrucción se pronuncien sobre esa posible responsabilidad por imprudencia de las personas mayores de edad penal y en su caso actúen en armonía con el artículo 10.

e) *Modificación del acuerdo de archivo*

No hay obstáculo legal para modificar la decisión de archivo, ya se haya acordado de modo directo o en diligencias informativas. Su causa será la aparición de nuevos elementos probatorios sobre la identificación del autor o reveladores de la persistencia del menor en su conducta, como es el caso de diligencias archivadas por la escasa entidad de su objeto al que siguen nuevas infracciones. La reiteración de las conductas infractoras puede ser decisivo para optar por la iniciación de un expediente. La duda que puede plantearse es si se reabren las actuaciones archivadas uniéndose a ellas la nueva denuncia, siguiéndose tramitación conjunta, o si el expediente abarcará solo los hechos nuevos. Sin excluir en absoluto la posibilidad de acumulación (especialmente cuando haya transcurrido poco tiempo entre una y otra conducta), lo normal será la apertura del expediente por los hechos nuevos, aunque es conveniente unir a él copia de las primeras diligencias archivadas para que pueda valorarse a la hora de determinar la necesidad de una medida de reforma.

3. **La alternativa archivo - apertura de expediente con o sin imposición de medidas ante la concurrencia de causas de extinción de la responsabilidad, de inculpabilidad o de exclusión de la pena.**

El juego de la prescripción, de las causas de inculpabilidad o de las excusas absolutorias del Derecho penal común, plantea problemas si se contemplan desde la perspectiva de la jurisdicción de menores. Idealmente, si las medidas de la Ley orgánica 4/1992 se conciben como formas de corrección del menor, establecidas en su interés y beneficio, y no como penas, lo procedente sería instar la apertura y la imposición de las medidas previstas. Salvo que se configure el Derecho de menores como Derecho penal, esto debe ser así al no existir razones para trasladar al derecho tutelar de menores las causas excluyentes de la pena o algunas de las causas de inculpabilidad o de extinción de responsabilidad, propias de las penas pero no de medidas de reforma de menores. Las excusas absolutorias excluyen la pena, pero al menor nunca se le impondrá una pena sino una medida de carácter educativo y reformador, cuya necesidad no se excluye porque concurra una excusa absolutoria. El mismo razonamiento es posible hacer respecto a las causas de inculpabilidad — error de prohibición, por ejemplo— o de la prescripción, sobre todo cuando las infracciones sean constitutivas de faltas. Cosa distinta puede ser que el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción haga desaconsejable la adopción de cualquier tipo de medidas, pero sin estar-se a la rigidez de los plazos del Código Penal: habrá casos en que sin ha-

ber transcurrido esos plazos no será procedente desde el punto de vista educativo la adopción de medidas y, a la inversa, habrá otros en que más allá de los plazos legales sea aconsejable adoptar alguna medida.

Lo que precede es impecable en un plano técnico jurídico pero no se compadece del todo con la filosofía que implícitamente parece presidir la Ley, dada la remisión que como derecho supletorio hace aquélla al sistema de garantías del Código Penal (disposición adicional segunda). En consecuencia, serán de aplicación las normas penales comunes sobre excusas absolutorias, causas de inculpabilidad o prescripción.

C) APERTURA Y DESARROLLO DEL EXPEDIENTE HASTA SU CONCLUSIÓN

1. Trámites y actuaciones inmediatas a la apertura

a) *¿Expedientes por menor o expedientes por hecho?*

Los criterios de la Ley orgánica 4/1992 parecen chocar en la práctica con el sistema establecido en el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de menores (artículo 159) de iniciar un *expediente por menor*, ya que la celebración de varias audiencias o el seguimiento de varias investigaciones por los mismos hechos viene repudiado por evidentes razones prácticas. Pero aceptar el sistema de un *expediente por hecho* entorpece la tarea y elimina la posibilidad de conocer datos esenciales para decidir sobre la medida a solicitar más adecuada. Debe recordarse que en la jurisdicción de menores no se trata de enjuiciar conductas para establecer la sanción proporcionada —concepción penalista del derecho tutelar de menores— sino de valorar la personalidad del menor y sus exigencias educativas y formativas. Por ello se entiende, como solución más ajustada, que en las Fiscalías ha de seguirse un *sistema mixto*. El expediente por hecho se impone por razones de operatividad (piénsese que, al final, los expedientes se remiten a los Juzgados de Menores, lo que impide el régimen de expediente por menor), mas sin perjuicio de tener en cuenta los antecedentes de cada menor, y de que, en su caso, una vez que se remitan las diligencias practicadas por el Fiscal al Juzgado, se solicite de éste que siga el criterio de expediente por menor y las una al expediente que el menor pueda tener abierto ya en el Juzgado.

En la práctica de muchos Juzgados de Menores se sigue este sistema, atenuado por mecanismos que se consideran válidos al armonizar las ventajas de uno y otro. En efecto, continúa incoándose un expediente por menor, y los nuevos hechos que cometa el menor se acumulan al expediente previo. Expediente por hecho pero habrá acumulación ante

nuevas conductas delictivas del mismo menor, formando un expediente personal. Es preferible la acumulación para la finalidad educativa, para el enfoque global de la conducta y para mejor valorar la respuesta a los hechos. En la práctica puede plantear problemas, en relación con menores que cometen constantemente infracciones típicas, el momento final de la acumulación. De una parte, podría decirse que antes de acudir a la continuada o permanente acumulación de hechos, es mejor pedir el archivo al presentarse la medida como ineficaz; pero no puede dejarse de considerar que toda medida tiene finalidad educativa y que buena parte de los hechos llevan aparejada responsabilidad civil. De ahí el que haya de partirse de la apertura por la totalidad y de que el momento procesal último para la acumulación debe situarse inmediatamente antes de la audiencia. En estos casos contamos con otra cuestión, la del límite de ejecución de las medidas impuestas, para lo que podrían aplicarse por analogía los artículos 70 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si son varios los menores implicados y todos o más de uno cuentan con esos antecedentes previos, el expediente más antiguo atrae el conocimiento de los hechos, sin perjuicio de que una vez recaída resolución deba remitirse testimonio de ella para constancia en expedientes que puedan seguirse en otros Juzgados a alguno de esos menores. De igual modo, sería conveniente que junto a la resolución se enviasen los informes sobre el menor que hayan podido elaborarse con motivo de los nuevos hechos, así como que de la ejecución de las medidas duraderas se encargará el Juez que conozca del expediente principal.

b) *Participación al Juzgado de Menores de la incoación del expediente*

De la apertura del expediente ha de darse cuenta inmediata, mediante el oportuno parte, al Juzgado de Menores (art. 15. regla 1.^a). Es importante que en él conste la fecha de entrada de las actuaciones en Fiscalía, los datos de filiación de los menores implicados (con la mayor extensión posible para permitir localizar con facilidad la existencia de antecedentes que puedan vincular), así como una mención, al menos genérica, de la infracción atribuida al menor designándola con su nombre penal. La recepción del parte por el Juez de Menores dará lugar a la iniciación de sus actuaciones. Cuando se trate de un expediente iniciado en el Juzgado de Guardia en el que se decida solicitar el internamiento, el parte de incoación puede acumularse a la propia solicitud de internamiento, funcionando esta también como dación de cuenta de la apertura del expediente.

c) *Partes procesales*

Está expresamente excluida la intervención de actores en el proceso distintos del Fiscal, «En este procedimiento no cabrá el ejercicio de ac-

ciones por particulares», dice el último inciso de la regla 2.^a del art. 15. En consecuencia, las partes son el Fiscal y el menor y sólo ellos tienen capacidad para realizar actos procesales y legitimación para recurrir.

Aunque en alguna ocasión parece que la Ley orgánica 4/1992 reconoce capacidad procesal al menor (en la conformidad con la medida solicitada de la regla 16 del art. 15 no se prevé la ratificación del representante legal; conforme a la regla 6.^a de ese mismo precepto el menor puede ir acompañado a la comparecencia de abogado de su elección), de su lectura conjunta se obtiene claramente la conclusión contraria, ya que el menor debe estar asistido por sus representantes legales, quienes al actuar en su nombre supliendo su capacidad (en la designación de abogado, reglas 5.^a y 12.^a del art. 15 en la asistencia a la comparecencia, regla 6 y a la Audiencia regla 14.^a) son los legitimados para interponer recursos. Aunque la patria potestad esté compartida bastará con que el acto o la comparecencia sea realizado por uno de los titulares (art. 156 del Código Civil). Si el menor en un momento determinado careciere de representación legal el Reglamento de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores le habilita para interponer por sí recursos (art. 46).

Los supuestos de contraposición de intereses entre el menor y sus representantes legales («el padre y la madre» dice el art. 163 del Código Civil distinto «al padre o la madre» del anterior art. 165), como sucederá cuando aquellos hayan sido las víctimas, la solución legal es el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 del Código Civil); mas como los trámites del procedimiento que concluyen con la designación del defensor (art. 1994 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no parecen compatibles con la celeridad de los procedimientos de la Ley orgánica 4/1992, puede optarse por la vía de designar abogado de oficio confiéndole la condición de defensor judicial a los meros efectos del proceso.

d) *Las medidas cautelares*

a') Cuestiones generales

El párrafo primero de la regla 56.^a del artículo 15 expone que «el Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor».

Esta regla suscita varias cuestiones, de entre las que destacamos estas:

- El M.F. puede solicitar las medidas «en cualquier momento». Su *dies a quo* deberá coincidir con la apertura del expediente. Pero el día final de ese cualquier momento se halla totalmente indeterminado. En cada caso el M.F. ponderará las circunstancias y la naturaleza de las medidas a solicitar.
- ¿Cuáles son las medidas que puede solicitar el M.F.? ¿Todas las que figuran como definitivas en la enumeración exhaustiva del artículo 17? En interpretación literal, sólo las que tengan como finalidad «la protección y custodia del menor», con lo que se excluye el internamiento en un centro cerrado, porque tiene un tratamiento especial, condicionado a la concurrencia de determinadas circunstancias, razón por la que debe ser analizado por separado. También, por no ir encaminadas a la protección y custodia, las de amonestación, libertad vigilada, privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor y prestación de servicios en beneficio de la Comunidad.

¿Queda vinculado el Juez de Menores por la petición del M.F.? La solicitud de medidas sí es vinculante porque la norma dice «el Juez acordará», en tono imperativo. Otra cosa es si debe acordar las mismas medidas interesadas por el M.F. Existe cierta discrecionalidad: «acordará las ... que estime necesarias», de entre las pedidas por el M.F. Mas si el M.F. solicitare sólo una medida parece que debe acordarse.

El posible incumplimiento reiterado de las medidas cautelares acordadas puede originar infracciones de desobediencia grave a la autoridad.

b') Detención e internamiento provisional en un Centro cerrado

El M.F. podrá ordenar directamente la detención preventiva (artículo 5 del Estatuto) pero también los menores y esto es lo más frecuente, son puestos a su disposición por el Juzgado de Instrucción de guardia. Nada impide que el Fiscal, en uno y otro caso, acuerde internar detenido, al menor en Centros de acogida y reforma.

En conclusión, el M.F. puede acordar por sí mismo, sin intervención del Juez de Menores, el ingreso de un menor que haya sido puesto a su disposición en un Centro de reforma o de otra clase mientras dure el plazo de detención. El Juez de Instrucción en funciones de guardia es el competente para instruir diligencias de carácter preventivo, incluso el internamiento del menor, en los procesos de reforma de menores de acuerdo con el artículo 55 del Reglamento para la ejecución de la Ley, aún vigente.

La solicitud de internamiento provisional habrá de ir acompañada de una copia de las actuaciones, a fin de que el Juez pueda valorar con

precisión las circunstancias en que se funda la petición. El internamiento suscita cuestiones que al no estar resueltas directamente en la Ley es necesario aclarar.

- La norma sí establece que lo dispuesto en el artículo 15,5.^a párrafo segundo, alcanza sólo a los internamientos en un Centro cerrado. Ello significa que los internamientos en centros de régimen semiabierto o abierto se sujetan a la normativa del párrafo primero, regla 5.^a del artículo 15.
- A la inversa de lo que ocurre para las demás medidas que actúen como cautelares, la de internamiento que pueda solicitar el M.F. para el menor no es vinculante para el Juez, dado que el precepto citado establece que el Juez «podrá acordar el internamiento» a la vista de la gravedad de los hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor. No sólo el acuerdo del Juez, sino también la petición del Fiscal de internamiento deberá construirse sobre las circunstancias que la Ley enumera, y de modo especial sobre «la gravedad de los hechos» que se erige en la causa primaria de la solicitud de internamiento, concepto sobre el que no es necesario ilustrar al MF dada su reconocida competencia en la materia remitida como en otras muchas.
- En orden a la duración de esta medida la Ley no especifica, limitándose a decir que «durará el tiempo imprescindible». Imprescindible ¿para qué? El internamiento, en cuanto provisional, está situado entre dos límites; en principio no puede exceder de un mes; mas si la medida es ratificada antes de ese término, el internamiento confirmado lo será inicialmente por tiempo indeterminado. En estos casos el límite máximo sería el de la medida definitiva de internamiento, pero el prudencial es aquél que coincida con la celebración de la audiencia.

Para fijar la duración del internamiento provisional ha de seguirse un criterio restrictivo, que por su carácter excepcional se situará en 72 horas; y si no hay diligencias que practicar ni siquiera debe consumirse ese plazo de tiempo, a lo que obliga tanto el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el artículo 17.2 de la Constitución Española.

- Conforme al precepto en análisis la medida puede ser ratificada o modificada antes del transcurso de un mes desde que fue acordada. Entendemos que el término modificación de la medida, equivale a extinción de la medida; es alzar el internamiento provisional acordando la puesta en libertad total, porque aunque se utilice la palabra modificar lo es en oposición a ratificar. Modificar no debe interpretarse como sustituir el internamiento en

Centro cerrado por otros internamientos (en Centros abiertos o semiabiertos), pues en tal caso no habría modificación de la medida sino sustitución.

Según el tenor de la Ley el Juez no tiene que oír al menor para acordar el internamiento. Interpretación que no debe aceptarse: el Juez no deberá adoptar tan grave medida cautelar sin oír previamente al menor y a su representante legal: El MF solicitará ese trámite, más una audiencia que una declaración —ya efectuada ante el Fiscal— sin perjuicio de la posibilidad que tiene el Juez de aclarar algún extremo sobre los hechos y las circunstancias personales y sociales del menor, esenciales para la adopción de la medida. Desde este momento el menor, ya internado, queda a disposición del Juez de Menores único competente para controlar todas las incidencias del internamiento y para autorizar las posibles visitas.

Ya hemos dicho que a falta de ratificación el internamiento no puede prolongarse más de un mes. Mas obtener una resolución antes de que concluya ese plazo es realmente muy difícil, porque sumando el tiempo que los trámites legales queda superado (diez días al menor para la realización del informe del equipo técnico; siete días para la celebración de la comparecencia; cinco días para el traslado del Abogado defensor; cinco días para decidir sobre la pertinencia de las pruebas y quince días para señalar la audiencia). De ahí el que en muchas ocasiones, si se entiende que debe prolongarse el internamiento hasta la audiencia, habrá que solicitar que se dicte nueva resolución prorrogando el internamiento hasta el momento de la audiencia.

En todo caso es indispensable realizar un seguimiento y control de los expedientes en que se haya acordado el internamiento provisional para agilizar su tramitación y si procediere pedir, en plazo, la ratificación o el alzamiento.

Desde que se acuerde el internamiento se nombrará al menor Abogado que le defienda si no lo designan sus representantes legales (artículo 15,5.ª final). Al menor se le instruirá de los derechos que se reconocen a todo detenido en el artículo 520,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; debiendo intervenir su defensa incluso en el trámite en que el expediente no se haya remitido al Juez de Menores, por lo que el Ministerio Fiscal, a tales efectos, notificará la detención al Colegio de Abogados. A partir de la detención puede el menor proveer un procedimiento de Habeas Corpus, instado por su representación o por el M.F. No existen dificultades durante la detención policial. Si ya ha pasado a disposición del Fiscal, la situación es paradójica pues el Fiscal a cuya disposición ha pasado el menor es quien ha de informar en el procedimiento promovido. No obstante, si se considera el escaso tiempo que, en principio, ha de transcurrir desde que el menor pasó a disposición del Fiscal, hasta que se resuelva sobre su situación, no es fácil que tenga lugar esta situación.

Otros problemas más prácticos deberán resolverse en el ámbito de las respectivas Fiscalías según su extensión y organización interna (en donde estará el menor hasta la puesta a disposición y después de ella, actitud a adoptar ante posibles abstenciones de los Juzgados de Instrucción de guardia, etc.) pero garantizando siempre que haya un Fiscal localizado y disponible para atender de inmediato a las puestas a disposición de los detenidos, debiendo velar en todo momento el MF por el cumplimiento de las garantías legales, incluso con un *plus* de intervención, con independencia de la voluntad que pueda expresar el menor.

e) *Informes del Equipo Técnico*

Los informes suponen una muy valiosa e imprescindible ayuda que proporciona al M.F. y al Juez datos fiables para la toma de decisiones; a través de ellos ha de orientarse la medida más adecuada, se da contenido educativo a las medidas y se detectan situaciones de desprotección, lo que puede posibilitar otro tipo de medidas: las protectoras. Precisamente porque su información adquiere la categoría de esenciales al procedimiento, es necesario mantener continuos contactos con los profesionales que forman los Equipos Técnicos.

Para esta fase preliminar, sobre el informe del Equipo Técnico caben algunas consideraciones.

- ¿Cuándo debe solicitarse el informe por el M.F.? La regla 4.^a del artículo 15 dice que «desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1.º del artículo 9, el Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe». Por tanto, la solicitud de informe no es anterior a la incoación, sino coetánea o inmediatamente posterior al acto procesal de apertura del expediente; lo que se confirma, además, porque el destino inmediato del informe elaborado, es el Juzgado de Menores a quien lo remitirá el Fiscal (párrafo primero de la regla 6.^a), órgano que sólo tiene noticias del hecho tras la apertura del expediente, merced al parte de incoación enviado. Conforme a la Ley no existen informes previos a la iniciación de los expedientes.

La solicitud del informe será directa e inmediata, y, dado su contenido legal, junto a la solicitud deberá remitirse al destinatario copia del atestado o de las actuaciones del M.F. para que se ponderen con precisión las circunstancias concurrentes en los hechos.

- Pero ¿es preceptivo siempre el informe del Equipo Técnico que asiste al Juzgado de Menores? Su imperatividad se desprende

del tono de la norma que lo regula, pues, sin excepciones, se dice que el MF *requerirá* la elaboración del informe. Mas ese carácter puede dar lugar a disfunciones, por lo que conviene matizar. No será necesario requerir el informe del Equipo Técnico del Juzgado, cuando se trate de un menor que (por estar tutelado por la entidad pública o por hallarse en régimen de guarda) ya esté interno en un Centro de protección de la Comunidad Autónoma; de igual modo, podrá prescindirse del nuevo informe o sólo interesar una actualización, cuando conste que al menor se le han seguido ya expedientes y en ellos hay informes.

Es discutible la solución de que sean válidos informes distintos a los precedentes del Equipo Técnico del Juzgado de Menores, porque la Ley habla de equipo técnico refiriéndose al del Juzgado; quien haya emitido el informe, debe asistir a la comparecencia interrogando al menor (regla 6.^a párrafo final), a la audiencia (regla 14), ser oído antes de dictarse acuerdo de conformidad (regla 16) y en el acto de la audiencia (regla 17), e incluso en la suspensión del fallo (regla 3.^a del artículo 16). Los Equipos Técnicos que contempla la Ley son los del Juzgado aunque obtengan información por muy diversos canales, precedentes algunos de otros equipos. Mas en algunas Comunidades Autónomas hay Equipos Técnicos propios que elaboran informes eficaces porque no existen los del Juzgado de Menores. Tampoco faltan los casos en que esos Equipos Técnicos sustituyen en su actuación al de los Juzgados. Lo realmente improcedente es la concurrencia de informes.

El contenido general del informe se halla en la regla 4.^a. Sin embargo cuando se advierta claramente que el menor, por la naturaleza del hecho no está rodeado de una especial problemática, el informe puede ser más breve, no abarcando todos los supuestos relacionados en aquella regla. ¿Cuál debe ser la valoración procesal del informe por el M.F.? Tiene naturaleza pericial cualificada, por cuanto interviene en el proceso de modo relevante y aunque no es preceptivo que en él se hagan propuestas de medidas ni de duración, si en la práctica se hace no vinculan al M.F., que puede proponer medidas distintas (las reglas 16 y 17 del artículo 15 prevén la imposición de medidas distintas a las solicitadas por el Equipo Técnico).

Por lo que se refiere el plazo para emitirlo, aunque en la Ley se fija, en principio, un plazo máximo de diez entre la solicitud y la entrega, es prorrogable hasta un mes en casos de gran complejidad.

- Respecto de la forma del informe, entendemos que de *lege data* ha de emitirse siempre por escrito porque al M.F. «deberá serle entregado» (regla 4.^a) quien «lo remitirá ... al Juez» (regla 6.^a); y a la comparecencia se convocarán las personas que «a la vista del informe» se considere oportuno (regla 6.^a). Ello no impide que, en casos de urgencia, se adelante verbalmente y luego se documente por escrito.

La citación, por el Equipo Técnico, a menores y familiares se verifica a través de la Policía adscrita al Juzgado. ¿Y si el menor se niega reiteradamente a comparecer ante el Juzgado a fin de que sea observado y estudiado por miembros del Equipo Técnico? La última capacidad de reacción será, previo apercibimiento, ordenar la detención, porque el menor es sujeto del proceso tanto en derechos como en obligaciones y porque en otro caso se impediría la conclusión del proceso iniciado.

Otra posibilidad es dirigir el requerimiento a los padres o representantes legales y si no lo atendieren, obstaculizando la comparecencia, valorar la conducta como desobediencia en el orden penal, porque oponerse a la comparecencia no forma parte de los derechos que atribuyen la patria potestad o la tutela.

2. La investigación atribuida al Ministerio Fiscal: extensión y límites.

En la regla 2.^a del artículo 15 se establece que el M.F. «dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos». Puede calificarse de novedad más importante de la Ley la atribución al M.F. de la fase de instrucción del expediente; la dirección de la investigación y la iniciativa procesal tienden, como dice el preámbulo de la Ley a «que quede preservada la imparcialidad del Juzgador». Pero tal previsión, hasta ahora no ha ido acompañada de la necesaria dotación de medios materiales y personales en las Fiscalías, por lo que se hace en la realidad casi materialmente imposible por parte del M.F. el cumplimiento de esta nueva función. Mientras no se cuente con los medios indispensables, la extensión de la investigación del M.F. no puede separarse mucho de la siguiente actividad procesal:

- Practicar sólo aquellas diligencias que sean absolutamente imprescindibles para decidir sobre la procedencia o no de solicitar medidas. En consecuencia, no se reiterarán las diligencias que consten en las actuaciones que hayan dado lugar a la incoación del expediente; su práctica se dejará para el momento de la audiencia (a título de ejemplo, la declaración de los perjudicados u ofendidos que hayan declarado en el atestado policial; las declaraciones de los miembros de la Policía que intervinieron en la detención).
- Salvo casos singulares, la declaración del menor se dejará para el momento de la comparecencia inicial ante el Juez de Menores. La excepcionalidad puede derivar de la conveniencia de una previa declaración en Fiscalía o de que el menor haya sido

puesto a disposición del M.F. como detenido. De este modo no solo se soslaya la casi imposibilidad de recibir declaraciones en la Fiscalía —buen número de ellas no cuentan con instalaciones adecuadas— sino que además se agiliza el procedimiento, evitando reiteradas citaciones y comparecencias del menor, muchas veces inútiles. Esta interpretación contribuye a simplificar el procedimiento y al cumplimiento del plazo previsto para la instrucción. Piénsese que de seguir estrictamente los términos de la Ley sobre las comparecencias y declaraciones del menor, ello se produciría en la mayoría de las ocasiones no menos de seis veces (declaraciones ante la Policía y ante el M.F.; examen por el Equipo Técnico; comparecencia ante el Juez de Menores, trámite de requerimiento para designación de Abogado y traslado del escrito de alegaciones del M.F., y audiencia) y, en algunos supuestos, más veces aún (notificación de la resolución, y en su caso, notificación de la medida de amonestación). La complejidad no solo es desproporcionada sino que reportará inconvenientes para el menor el pasar tantas veces por un Juzgado.

- Las diligencias esenciales para el enjuiciamiento definitivo, pero no para la calificación provisional que se realiza en el escrito de alegaciones (por ejemplo, tasaciones, reclamación del análisis de droga intervenida), se pedirán al Juzgado en el propio escrito de alegaciones al ser en esta jurisdicción menos trascendentes la calificación exacta y rigurosa de los hechos, pues aunque para imponer la medida adecuada hay que valorar la gravedad de los hechos, lo fundamental no es siempre este dato, sino también, y sobre todo, su utilidad educativa en atención a la personalidad y los intereses del menor. Ello significa que ante unos hechos constitutivos de daños, el dato de si exceden o no de 30.000 pesetas no tiene la misma trascendencia que en un proceso penal.
- Sí resulta obligada la práctica de las diligencias ineliminables para decidir sobre la procedencia o no de continuar el expediente. Es necesario evitar, en todo caso, el peligro de llevar a audiencia a un menor cuando de una breve y sencilla instrucción podría derivarse la falta de respaldo probatorio de la imputación inicial. Para los casos en que devenga imprescindible la práctica de diligencias, lo normal será contar con el GRUME, solicitándole mediante oficio que reciba declaraciones o que haga comprobaciones de otra naturaleza que se estimaren necesarias. Y en algunos casos sera conveniente que el M.F. practique directamente algunas de esas diligencias.
- De igual modo podrán llevarse a cabo diligencias que revistan gran sencillez y que no supongan dilatar inutilmente los expedientes; así, en el caso de que por unos mismos hechos estén implicados mayores y menores de edad penal, será fácil reclamar

testimonio de las actuaciones que se hayan llevado a cabo en el procedimiento penal iniciado en los Juzgados de Instrucción.

Pero la investigación del M.F. tiene límites. Directamente no puede practicar cualquier tipo de diligencia probatoria. El penúltimo inciso de la regla 2.^a del artículo 15 dispone que el M.F. deberá «solicitar del Juzgado de menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo». Es evidente que esta norma no se contrae a las diligencias que el M.F. no pueda materialmente llevar a cabo, sino que interpretada en un plano jurídico se refiere a las diligencias que por imperativo legal no puede efectuar el M.F. En este punto la remisión al artículo 5 del Estatuto es obligada; se regulan en él las denominadas diligencias informativas y establece que no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. De acuerdo con esta declaración el M.F. habrá de dirigirse siempre al Juez en los siguientes supuestos:

- Para solicitar el internamiento provisional (así lo establece expresamente además la regla 5.^a del artículo 15) o cualquier otra medida cautelar.
- Para solicitar una entrada y registro domiciliario (siempre que no medie consentimiento del interesado).
- Para efectuar exámenes personales o intervenciones corporales que comporten una injerencia en la intimidad (artículo 18 de la C.E.), siempre que no conste el debido consentimiento.
- Para la intervención de comunicaciones.

Existe una diligencia en la que no está claro si se halla en el área de los límites a la investigación encomendada al M.F.: *los reconocimientos en rueda*. Sobre ella hay que particularizar. Por lo pronto, y por lo que en sí comporta la diligencia, deberá evitarse, a no ser que resulte absolutamente indispensable. Si se efectúan en el plano policial, será una cautela lógica la de recabar autorización del Juez o al menos del M.F. Cuando sea necesario realizarla en el curso de un procedimiento ya iniciado en Fiscalía, parece que no debe extenderse a ella la imposibilidad de que se lleva a cabo por el M.F.

¿Qué ocurre con los efectos del delito intervenidos? El depósito y custodia de los instrumentos y piezas de convicción se hará en la Secretaría de los Juzgados de Menores.

3. Apertura de la fase de comparecencia del menor.

En cuanto se haya recibido en Fiscalía el informe del Equipo Técnico «el Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores» (regla 6.^a párrafo primero), y como los hechos estarán ya virtualmente esclareci-

dos, aunque la Ley no lo diga, acompañará al mismo copia de las actuaciones (salvo que estén ya a disposición del Juez por tratarse de un menor internado o por otras circunstancias).

Tras este momento al M.F. se le confiere una alternativa: dar por concluida la tramitación de las actuaciones o solicitar la celebración de comparecencia.

a) *Archivo o conclusión de las actuaciones sin comparecencia y sin adopción de medidas*

Dispone el párrafo segundo de la regla 6.^a que «el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima».

El contenido que queda transcrito no es claro. Y no es claro sobre el significado de algunas de las causas que van a determinar el archivo. Tampoco es lo suficientemente explícito sobre el número de ellas que deben concurrir.

«No haberse empleado violencia o intimidación», es una de esas causas. En interpretación gramatical significaría que sólo los tipos delictivos que incluyan en su estructura la violencia o la intimidación darían lugar a la continuación del procedimiento y la eventual imposición de medidas. No los demás. Solución que no debe ser acogida. Si la violencia o la intimidación cualifican punitivamente los delitos contra el patrimonio, deben valorarse esos términos en el sentido de que los demás delitos contra la propiedad son los abarcados objetivamente por el archivo, pero no que los hechos generados por la violencia o intimidación sean los únicos excluidos del archivo. *A sensu contrario* de la norma, en los que se haya empleado violencia o intimidación, no procederá nunca al archivo (delitos más graves contra la Libertad sexual, robos intimidatorios o violentos, atentados contra la vida e integridad corporal, contra la libertad y seguridad). Es de observar, por otro lado, que la concurrencia de las causas legales no determinan *ex re* o automáticamente el archivo, porque se trata de una norma discrecional («el Juez a propuesta del Fiscal podrá...»).

Algo parecido cabe decir de la circunstancia que pondera «la poca gravedad de los hechos», porque en estricta interpretación solo la «mucha gravedad» de los hechos sería impositiva del archivo. Y no es así.

Hay otra circunstancia que es de muy difícil existencia jurídica: «que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima». Los menores emancipados, cualidad que no puede concurrir en los sujetos de este proceso porque aquellos han de tener 16 años cumplidos, son los únicos con capacidad para obligarse en general,

pero el consentimiento que puedan emitir los demás menores se reputa jurídicamente inexistente, por lo que el compromiso por el menor de asumir la obligación de reparar el daño patrimonial causado a la víctima, no debe ser causa por sí sola de archivo; a no ser que en aquel acto estuviera legalmente representado —supuesto que aquí la Ley no prevé— y sean los representantes quienes garanticen la reparación del daño. Puede pensarse también en una reparación de naturaleza extrapatrimonial, especie de conciliación, mediación o arrepentimiento, en que el menor sin necesidad de asistencia representativa podría comprometerse.

Si las condiciones legales para solicitar el archivo son alternativas —la concurrencia de cualesquiera de ellas— o conjuntas, es otro tema no resuelto. Tanto la forma de su ordenación gramatical (existencia de conjunciones *o* entre las causas) como la jurídica (no todos los hechos punibles causan daño y víctimas) inclinan a la suficiencia de la alternativa o concurrencia de una de las circunstancias mencionadas.

¿La enumeración de las causas es exhaustiva? Parece que la regla 6.^a en su párrafo segundo, parte de hechos acreditados suficientemente, pero a pesar de la taxatividad, el archivo puede proceder por otros motivos comunes o generales: no estar los hechos bien justificados, haberse desvirtuado la imputación. Nada impide que se elimine la comparecencia solicitando el Fiscal el archivo por alguna de estas dos circunstancias.

Si es posible el archivo provisional cuando no resultan los hechos suficientemente acreditados ¿será definitivo en todos los casos el archivo cuando el hecho típico esté justificado pero concurren las circunstancias requeridas en la regla 6.^a, párrafo segundo? No en el supuesto de incumplimiento del compromiso de reparación, pues si este mismo incumplimiento determina la revocación de la suspensión del fallo, en esta fase su efecto será la reapertura del expediente.

La decisión del Fiscal de solicitar el archivo es el producto de la concentración positiva de una facultad, pero el Juez es quien concluye las actuaciones. ¿Siempre de conformidad con la petición del M.F.?

El archivo siempre se acordará a propuesta del M.F., de modo que sin ella el Juez no puede archivar; ¿pero puede apartarse el Juez de la solicitud de archivo y decidir que continúe el expediente? La expresión «podrá dar por concluida la tramitación» carece de valor imperativo por lo que la discrepancia es posible, y que, de modo análogo a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá resolverse consultando al superior jerárquico del Fiscal.

b) *La comparecencia del menor ante el Juez: contenido y formas de terminación del expediente*

De no haberse decidido por el archivo, o, como dice la regla 6.^a en su párrafo tercero, «en otro caso, el Juez de Menores señalará fecha y

hora para una comparecencia, que se celebrará dentro de los siete días siguientes».

Con la celebración de la comparecencia puede terminar el expediente. Pero, tras su celebración, también está previsto que el M.F. proponga la continuación del expediente «si los hechos o las circunstancias del menor no estuviesen suficientemente esclarecidos» (regla 7.^a párrafo segundo).

A la celebración de la comparecencia que puede concluir el expediente se dedican los párrafos 3, 4 y 5 de la regla 6.^a, y especialmente el párrafo primero de la regla 7.^a, que establece las resoluciones que pueden adoptarse.

La comparecencia del menor es absolutamente necesaria o preceptiva en todos los casos y no solo en los que se estime que el expediente puede finalizar con una amonestación realizada en el mismo acto. El legislador ha querido que el Juez siempre, antes de decidir sobre la apertura de la audiencia, haya oído, al menos una vez, al menor. Tal acto viene a ser paralelo en sus efectos al denominado juicio de acusación de países de nuestro entorno cultural, o de la imputación que se realiza en el procedimiento abreviado mediante la declaración del denunciado (Sentencia del T.C. de 15-11-1990).

No es obligada la asistencia de Abogado, salvo que el menor esté internado provisionalmente (regla 5.^a inciso último). En los demás casos queda a voluntad del menor y de su representante legal la posibilidad de ir acompañado de Letrado, por lo que en la citación que se efectúe al menor para que concurra a la celebración de la preceptiva comparecencia, se le advertirá que tiene derecho a comparecer al acto acompañado de Abogado de su elección que le asesore y defienda durante la misma, o a manifestar al Jugado, en su caso, con la antelación necesaria, su deseo de que le sea nombrado de oficio, a los fines de evitar posibles suspensiones.

A la comparecencia serán convocados el Fiscal, el equipo técnico, el representante legal del menor y aquellas otras personas que, a la vista del informe del equipo técnico, el Juez considere oportuno convocar (párrafo tercero, regla 6.^a).

El núcleo de la comparecencia está constituido por la declaración del menor. Antes el Juez le informará en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad, de los hechos objeto de la diligencia, así como de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos (párrafo 4.^o, regla 6.^a). Si presta declaración deberá responder a las preguntas que puedan formular el Fiscal, su Abogado, el miembro del equipo técnico o el propio Juez (regla 6.^a último inciso).

Si hay varios menores implicados en los mismos hechos objeto de expediente y asisten todos, las comparecencias serán individuales y no conjuntas, aunque pueda ofrecer en ocasiones dificultades por cuestiones de coparticipación. Si no comparecen todos tendrá lugar el acto para los presentes, suspendiéndose para los demás.

Relativamente a la celebración de la comparecencia, se ha cuestionado si, al tiempo de celebrarse, el M.F. ha debido ya evacuar el trámite de alegaciones con remisión del expediente al Juez, o si ese trámite de alegaciones subsigue a la conclusión del expediente, en un momento posterior. La primera solución cuenta en su apoyo con el hecho de que al final de la comparecencia el Juez puede adoptar las resoluciones enumeradas en la regla 11.^a del artículo 15 que son posteriores a la petición del M.F. de apertura de audiencia. Sin embargo debe aceptarse la segunda interpretación por ser más coherente con el texto legal: conforme a la regla 14.^a —a la que se remite el párrafo primero de la 6.^a— sólo se remite el informe del equipo técnico, y no todo el expediente; la remisión del expediente al Juzgado de menores no está previsto hasta un momento posterior a la comparecencia, fijándose un plazo de cinco días que deberá contarse a partir de la comparecencia (regla 8.^a).

Ya hemos dicho que el expediente puede concluir con la celebración de la comparecencia. A la vista de su desarrollo, y siempre a propuesta del M.F., el Juez puede, mediante acuerdo, adoptar la medida de amonestación, o alguna de las decisiones referidas en la regla 11.^a (regla 7.^a, apartado primero). Así, tras la comparecencia, éstas son las formas de conclusión del expediente:

- *Acordándose la medida de amonestación.* Se plantea una cuestión, no resuelta en la Ley, en el caso de que el menor, en la comparecencia, no se confiese autor de los hechos. En evitación de dilaciones y de la entrada en la audiencia, esta medida es ciertamente muy útil si el M.F. estima que es la medida adecuada, pero no existe prueba practicada con todas las formalidades capaz de llegar a la resolución pretendida. ¿Qué hacer en estos supuestos? No parece que para esa comparecencia pueda traerse a testigos a fin de confirmar probatoriamente la petición de amonestación, pues la norma sólo se refiere a la convocatoria de las personas que parezcan convenientes a la vista del informe del Equipo Técnico, con lo que se está pensando no en practicar pruebas sobre el hecho, sino en aclarar la personalidad del menor y su situación. En estos casos, la petición de la medida de amonestación habrá de hacerse con ciertas cautelas, dejando a salvo la posibilidad de continuar el expediente para el supuesto de que el Juez de Menores no estimase probados los hechos.
- *Acordándose el sobreseimiento motivado de las actuaciones.* Parece que el sobreseimiento —hay que recalcar que siempre será motivado— sólo podrá acordarse cuando concurran los supuestos previsto en los artículos 637 o 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin que pueda dictarse para otros casos (principio de intervención mínima, lapso de tiempo transcurrido).
- *Acordándose la remisión del menor a las Instituciones administrativas de protección cuando los hechos imputados no re-*

vistan especial trascendencia y siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación.

Dos observaciones sobre esta forma de concluir los expedientes.

Una de las causas de conclusión del expediente sin comparecencia es no haber empleado «violencia o intimidación» (párrafo segundo, regla 6.^a). Es causa de conclusión tras la comparecencia el no haberse empleado «grave violencia o intimidación». Si el archivo anterior a la comparecencia se condiciona a la inexistencia de violencia o intimidación, el archivo posterior a la comparecencia es compatible con la violencia o intimidación, pues el único límite es que no sean graves, lo que presupone que muchos hechos violentos solo llevarán aparejadas medidas formativas y educativas extrañas a los Juzgados de Menores. Mas no siempre será fácil fundamentar esta petición: si en los hechos violentos la gravedad es predecible muy aproximadamente por el resultado exterior, en los hechos integrados por la intimidación, la línea divisoria de la gravedad no gravedad es más sutil.

Es de notar, además, que esta medida puede adoptarla el Juez «incluso aunque el Fiscal no hubiese formulado petición en este sentido» (regla 11.^a, apartado c), lo que se halla en antítesis con la regla 7.^a que, con caracteres de generalidad, dice que las decisiones a que se refiere la regla 11.^a que acuerde el Juez, lo serán a la vista del desarrollo de la comparecencia y *de la propuesta del Fiscal*. En la tesis de mantener la norma común representada por la regla 7.^a que, en principio, se extiende a todas las decisiones de la regla 11.^a, o la del apartado c) de esta regla 11.^a, deberá acogerse la última que como ley especial desvincula el acuerdo del Juez de la petición del Ministerio Fiscal.

- En la regla 11 existen otras dos decisiones: la celebración de la audiencia (apartado a) y la remisión al Juez competente cuando estime que no le corresponde el conocimiento del asunto (apartado d.). Mas es obvio que al concluir el acto de la comparecencia no puede acordarse la celebración de audiencia, porque a ésta precede el escrito de alegaciones del M.F. y éste se formula después de concluida la comparecencia. Y la remisión del expediente al Juzgado competente es acto procesal que tampoco puede cumplirse al terminar la comparecencia porque en ese momento al expediente se halla en Fiscalía.

c) *Conclusión del expediente y escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal: peticiones que puede comprender*

Es posible que con la terminación de la comparecencia no termine el expediente. Esto acontecerá cuando el M.F. entienda que los hechos o

las circunstancias del menor no estuvieren suficientemente esclarecidas, en cuyo caso propondrá la continuación del expediente (regla 7.^a párrafo segundo). Concluido definitivamente éste, el M.F. lo elevará al Juzgado de Menores (regla 8.^a inciso primero) en un plazo no superior a cinco días, y de no hacerlo en este plazo, el Fiscal deberá dar cuenta al Juez de las causas que se lo impidan.

Al mismo tiempo que eleva el expediente al Juez de menores, el M.F. acompañará un escrito de alegaciones. A pesar de su denominación su contenido es heterogéneo como lo muestra el primer párrafo de la regla 8.^a. En efecto, en él puede solicitarse del Juez alguna de las siguientes decisiones: apertura de la audiencia, el sobreseimiento, la adopción de la medida de amonestación, la remisión de las actuaciones al órgano judicial competente o su remisión a las Instituciones administrativas de protección del menor a fin de que por éstas se adopten medidas de carácter formativo o educativo.

Llegados a este punto, es de señalar que, en su aplicación práctica, el procedimiento que instaura la Ley Orgánica 4/1992, se ha revelado muy complejo, habiéndose coincidido en la necesidad de acumular el trámite de alegaciones con el de la comparecencia como forma de simplificarla. Se parte así de la acumulación o concentración de los trámites de comparecencia y audiencia con lo que puede celebrarse esta última inmediatamente después de la primera (a continuación) si las partes así lo solicitan y se reúnen los requisitos legales. En lo concerniente a la actitud del Ministerio Fiscal, son posibles dos soluciones, como antes habíamos apuntado.

Una sería *presentar al comienzo de la comparecencia*, junto al expediente, el escrito de alegaciones, de modo que al final de la comparecencia puedan ratificarse las alegaciones o modificarlas a la vista del desarrollo de la comparecencia. Así, el Juez, concluida la comparecencia, podría pronunciarse inmediatamente, y, es su caso, decretar la apertura de la audiencia, emplazar al representante legal del menor y a éste para la designación de Letrado, y si estuviere designado darle traslado del escrito de alegaciones e iniciar en ese momento el plazo de cinco días para evacuar el escrito de defensa.

Otra solución es llevar preparado el escrito de alegaciones a la comparecencia y *presentarlo al final de ella* junto al expediente, para que se proceda por el Juez en la forma antes señalada. Si el desarrollo de la comparecencia exige alguna modificación, se haría después de la comparecencia, indicando antes al Juez de Menores que se presentará ese mismo día el expediente concluido con el escrito de alegaciones. Obviamente no se excluye que en algunos casos sea necesario continuar el expediente y deferir el trámite de alegaciones para un momento posterior.

En principio, debe seguirse esta segunda fórmula. Por ello, cuando el MF reciba citación para una comparecencia, redactará el escrito de alegaciones y lo llevará a aquel acto —sin perjuicio de las eventuales

modificaciones— a fin de poder elevar el expediente al Juzgado con las alegaciones una vez finalizada la comparecencia. Todo esto no es obstáculo para que en determinados casos por estimarse necesario, se demore el trámite de alegaciones en los términos previstos en la Ley.

Podemos concluir diciendo que la extensión de la concentración de comparecencia-audiencia a los casos de aceptación de los hechos, no ofrecerá problema alguno; tampoco en los supuestos de escasa entidad. Más delicada puede ser la acumulación en los hechos graves o en aquellos que no estén totalmente esclarecidos.

El escrito de alegaciones puede contener cualesquiera de estas solicitudes:

- *Apertura de la audiencia.* En este caso el Fiscal en el escrito de alegaciones formulará la calificación jurídica de los hechos imputados al menor. La solicitud de práctica de pruebas en la audiencia y la adopción de las medidas que procedan (regla 10.^a). Nada más específica la Ley. Pero si la L.E.Cr. es supletoria para lo no previsto de modo expreso (disposición adicional segunda), a la calificación jurídica deberá preceder un breve relato de hechos al modo de los que contienen los escritos de conclusiones provisionales; y a diferencia de lo que sucede en éstos, en los de alegaciones pueden incluirse razonamientos justificando la calificación o la procedencia de la medida o medidas solicitadas. El Ministerio Fiscal al tiempo de solicitar el tipo de medidas a adoptar y su extensión, tendrá en cuenta las circunstancias, los antecedentes, así como la situación concreta, el interés del menor y su personalidad, de modo que no es obligada la unidad de actuación con la consecuencia de pedir siempre las mismas y en el mismo *quantum* por hechos de la misma entidad. Para la selección de las medidas, como criterio simplemente orientativo servirá lo informado por el Equipo Técnico, pero como al Ministerio Fiscal no le vincula puede separarse de una medida determinada aún cuando la propuesta se halle justificada; así, si los componentes del Equipo Técnico ante un hecho dado hacen un pronóstico negativo y en virtud de ese diagnóstico consideran aconsejable el internamiento, el M.F. valorando el equilibrio de situaciones jurídicas puede pedir la libertad vigilada o la medida que estime más adecuada, teniendo en cuenta que es posible aplicar cualquier medida e incluso la infraestructura y los medios para su ejecución con que cuentan las respectivas Comunidades Autónomas.
- *Adopción de la medida de amonestación.* Si el Fiscal solicitara la medida de amonestación, el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda (regla 9.^a). Se puede imponer, pues, sin apertura de audiencia, sin calificación jurídica y sin práctica de pruebas. Por

supuesto esta regla estará prevista para el caso de que sea la única medida solicitada por el M.F., no en los demás. Y se tendrá en cuenta la personalidad del menor y la proporcionalidad instándola sólo cuando se trata de hechos menos graves. Como medida única presenta análogas dificultades a la medida, también de amonestación, a adoptar concluida la comparecencia (regla 7.^a, párrafo primero). Las dificultades están atenuadas porque en este momento el expediente obra en poder del Juez y porque el Juez ante la petición del M.F. dictará el acuerdo que proceda. Aún así ¿es posible adoptarla si el menor ha negado los hechos y no existe respaldo probatorio practicado con las debidas garantías para fundamentar la imputación? Dadas estas circunstancias lo normal es que el M.F., dotado de un gran sentido jurídico e intérprete muy cualificado de las normas, no pida en sus alegaciones la amonestación como medida única sino conjuntamente con otras, lo que conlleva la apertura de la audiencia y la práctica de pruebas. En otro caso, esto es cuando el M.F. entienda que debe ser la única medida a solicitar, podría pensarse en permitir al Juez que valore la necesidad de la apertura de la audiencia para determinar si están o no probados los hechos, supuestos en que el M.F. solicitará, si el Juez lo estimara necesario a efectos probatorios, la apertura de la audiencia.

- Peticiones de sobreseimiento motivado y de remisión de las actuaciones a los órganos administrativos de protección serán singulares en este momento por cuanto ya han podido ser acordadas en la fase anterior o de conclusión de la comparecencia. De cualquier modo lo remitido a las Instituciones administrativas será las fotocopias del expediente.

d) *La audiencia: trámites previos y celebración*

A la vista de la petición del Fiscal, dice la regla 11 a), el Juez de Menores *adoptará* la decisión de celebrar la audiencia. Atendido el tenor del precepto, existe una correlación exacta entre la petición Fiscal de apertura de la audiencia (regla 10) y la decisión del Juez de ordenar la celebración de audiencia.

1. Entre la fase procesal de la apertura y la efectiva celebración de la audiencia, es necesario cumplir determinados trámites expuestos en las reglas 12 y 13. Son los siguientes:

- Requerir «al menor y a su representante legal que designe Abogado que le defienda si no lo hubiere hecho antes. De no hacerlo en el plazo que se fije se le nombrará de oficio». Ahora bien ¿a quién debe indicar el Juez que designe Abogado? ¿Al menor

y al representante legal conjuntamente, como se extrae de la letra del precepto, o sólo a alguno de ellos? Es de notar que la Ley, sobre este punto, adopta distintos criterios, según los distintos momentos procesales. Si se ha adoptado la medida cautelar de internamiento provisional pueden designar Abogado «los padres o representantes legales del menor» (regla 5.^a). En la comparecencia podrá asistir el menor «acompañado de un Abogado de su elección» (regla 6.^a). Cualesquiera de ellas puede adoptarse.

En la regla 12 se expresa que si no designase Abogado «en el plazo que se fije» se le nombrará de oficio. Ese plazo indeterminado será prudencial, y parece razonable acudir al de tres días que para ese mismo trámite, en el Procedimiento Abreviado, previene el artículo 791 de la L.E.Cr.

- A continuación, «se dará traslado al Abogado del escrito de alegaciones del Fiscal, poniéndose de manifiesto en Secretaría todas las actuaciones, a fin de que lo conteste en el plazo de cinco días y que proponga la prueba que considere oportuna». No ofrecerá dificultades aplicar como supletorias aquellas normas de la L.E.Cr. conforme a las cuales el transcurso del plazo sin presentación del escrito, hace precluir el trámite y obligan a continuarle teniendo al Abogado por opuesto al escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal.
- Según la regla 13 el Juez dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de defensa acordará lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, y señalará el día en que deba comenzar la audiencia para dentro de los quince inmediatamente posteriores. También por aplicación supletoria de la L.E.Cr. el acuerdo denegando la práctica de determinadas pruebas no es susceptible de recurso autónomo, sino que deberá interponerse contra la resolución que recaiga en su día, haciendo valer, entre otros motivos que pueden alegarse, esa denegación de pruebas.

2.— En el análisis del acto de celebración de la audiencia hay que tratar separadamente cuestiones de carácter personal, otras relativas a ciertas formalidades y finalmente las formal-jurídicas.

- Quiénes asisten a su celebración, es la primera de ellas. La regla 14, párrafo inicial lo resuelve. Es preceptiva la asistencia del Fiscal, el Abogado defensor, el menor y de un miembro del equipo técnico. Es facultativa la asistencia de los representantes legales del menor.

Dado que la asistencia del menor es presupuesto ineliminable, hay que excluir la aplicación supletoria de aquellos preceptos de la L.E.Cr. que permiten celebrar el juicio en ausencia del acusado. Pero hay que aclarar: el menor debe estar presente al comienzo y al final de la vista, pero no durante todo su desarrollo, porque el Juez podrá hacer abandonar la Sala al menor en los momentos de la vista que estime oportunos (párrafo último de la regla 17), ya sea por iniciativa propia o a instancia de los que intervinieren.

Otra asistencia obligada es la de un miembro del equipo técnico. En muchas ocasiones será un miembro indeterminado. Pero en otras, dadas las peculiaridades del supuesto, serán precisos uno o varios integrantes del equipo técnico en quienes concurra cierta especialidad, como cuando su informe haya de versar sobre aspectos psicológicos. Por ello nada impide que en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal se solicite la asistencia de un miembro determinado del equipo técnico.

Lo normal es que el menor esté acompañado en la audiencia por sus representantes legales. Pero si el Juez lo considera oportuno resolverá motivadamente, oído el Ministerio Fiscal, decidiendo su no asistencia.

- Ciertas formalidades requiere la limitación para terceros de la asistencia a la vista.

El Juez puede acordar en interés del menor que las sesiones no sean públicas (regla 14, párrafo segundo). Como lo prevalente es el interés del menor, el Ministerio Fiscal pedirá siempre la celebración de la audiencia sin publicidad, salvo que en algún supuesto singular pueda optarse por tal publicidad. El acuerdo declarando la no publicidad ha de reputarse irrecurrible al modo previsto en el artículo 680 de la L.E.Cr. aunque teóricamente cabría el amparo constitucional.

No está permitido que los medios de comunicación obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación (regla 14, párrafo tercero). Se presume que esta prohibición impuesta a la prensa, radio y televisión, se limita a las que traten de obtenerse con motivo u ocasión de la audiencia.

En el aspecto material de celebración de las audiencias es de señalar que deben evitarse las formalidades propias de los juicios penales con toga y estrados. Mejor es la vestimenta ordinaria y mesa redonda, en la que cada uno de los asistentes tiene su situación, estando el menor sentado también informándosele de quienes son los demás.

- En el orden jurídico-procesal de la celebración son normas preceptivas las siguientes.

- * La de la regla 15, a cuyo tenor el Juez informará al menor en un lenguaje claro y sencillo, adaptado a su edad y que le sea com-

preensible, de las medidas solicitadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones y del hecho y causas en que se fundan.

- * El trámite de posible conformidad de la regla 16. Se preguntará por el Juez, al menor, con asistencia del Abogado, si es autor de los hechos imputados y, manifestando ser el autor, le preguntará si se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Dada su conformidad con asistencia de su Abogado, el Juez, oído si lo considera pertinente el miembro del equipo técnico, dictará acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal. La conformidad, cualesquiera que sean las peticiones cualitativas y cuantitativas del M.F., es inatacable siempre que sea estricta, tanto en la medida solicitada como en su extensión y se presente como formalmente válida la capacidad de consentir.

La conformidad se sitúa exclusivamente al comienzo de la audiencia. ¿Podría tener lugar antes de ese momento al modo previsto en la L.E.Cr.? La conformidad en el momento del emplazamiento del menor daría rapidez al procedimiento y evitaría trámites y la comparecencia de testigos. Si la L.E.Cr. es supletoria, puede consentirse que el menor preste su conformidad en el momento en que se le dé traslado del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y que ratificada esa conformidad por su Abogado se pueda dictar la resolución oportuna sin esperar la audiencia (artículo 655 de la L.E.Cr.). No sería obstáculo que en esta conformidad anticipada no se oyera a miembros del equipo técnico y a los representantes legales, porque el ser oídos o no aquellos es siempre una facultad que se confiere al Juez, y los representantes legales pueden incluso ni asistir a la audiencia si así lo estima el Juez.

- * A la falta de conformidad siguen los trámites estrictos de la vista: práctica de la prueba admitida y la que, previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto. Seguidamente el Juez oirá al Fiscal y al Abogado sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos y la medida o medidas a adoptar, así como si lo considera conveniente a los miembros del equipo técnico. Finalmente oirá las alegaciones que quiera formular el menor (regla 17).

Una vez practicadas las pruebas en el acto de la audiencia se atribuye al Juez la simple facultad de oír o no a los miembros del Equipo Técnico sobre las medidas a adoptar, pues lo hará «si lo considera conveniente». Ahora bien ¿persiste esa facultad cuando por el M.F. se solicite del Juez en el escrito de alegaciones que se oiga al Equipo Técnico? Dado el tiempo que pueda haber transcurrido desde que se emitió el informe inicial hasta la celebración de la audiencia y la variación eventual de la situación del menor lo que conllevaría la modificación de

las medidas, se considera positiva la intervención del Equipo Técnico y no solo por ese cambio de circunstancias, sino también porque se refuerzan y actualizan la información del Juez y la oralidad.

En el acto de la audiencia el M.F. puede modificar las medidas del escrito de alegaciones e incluso retirarlas. De una parte, debe ser así para la modificación, porque si pueden revisarse las medidas después de la resolución, también tras la audiencia, pues se trataría de una revisión anticipada de las medidas; y de otra, para la retirada, porque al aplicarse supletoriamente la L.E.Cr., a falta de pruebas ha de regir la presunción de inocencia.

e) *La resolución del Juez y medidas a adoptar*

1.— Los acuerdos del Juez de Menores se llaman en sentido genérico resoluciones (artículo 6, regla 1.^a) y pueden dictarse oralmente en el acto de la audiencia o por escrito en la forma que para las sentencias establece el artículo 248,3 en la LOPJ (artículo 16 regla 2.^a). La expresión de que la sentencia puede dictarse de «viva voz en el acto de la audiencia» sin perjuicio de su posterior documentación, no es correcta. La fórmula es análoga a la del artículo 794,2 de la L.E.Cr. («El juez de lo penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio») también equivocada, porque de aceptarse su literalidad, la sentencia expresada oralmente debería reunir todos los requisitos que para estas resoluciones exigen el artículo 248.3 de la LOPJ y el artículo 142 de la L.E.Cr. No se trata en estos casos de dictar oralmente la sentencia, sino de la anticipación oral, de viva voz, —esto es de palabra— del fallo. La ventaja de anticipar de palabra el fallo estriba en la posibilidad de declarar inmediatamente la firmeza de la resolución si las partes manifiestan su intención de no recurrir, e incluso proceder a la ejecución de las medidas de tracto único y resueltas verbalmente, como la amonestación. La declaración de firmeza en estas situaciones está contemplada en la L.E.Cr. (artículo 794,2 inciso segundo).

El contenido de la resolución se detalla en el artículo 16, regla 1.^a: apreciará las pruebas practicadas, las razones expuestas tanto por el Fiscal como por la defensa, y lo manifestado, en su caso, por el menor. Igualmente valorará las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social. Si impusiere alguna de las medidas a que se refiere el artículo 17 expresará su duración, que no excederá de dos años, salvo lo previsto en su número 1.^o.

Parece extraño no exigirse que la resolución haga referencia a las razones que haya podido exponer en la celebración de la audiencia el miembro del equipo técnico, a pesar de que la sentencia debe pronunciarse sobre la personalidad del menor y su entorno social y familiar as-

pectos sobre los que aquellos pueden haber informado con específica competencia.

2.— Las medidas a adoptar son las expresadas en el artículo 17. Su enumeración es taxativa. Esto está claro. También, que la naturaleza de las medidas, en sí mismas consideradas, no es la misma, aunque todas tiendan, obviamente, a la formación del menor. Hay, en efecto, medidas que suponen una limitación de derechos (libertad vigilada, privación del derecho a conducir); otras, de internamiento y custodia (internamiento de uno a tres fines de semana, internamiento en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado); existen las que tienden a influir directamente sobre la conducta (amonestación); y no faltan las que imponen trabajo o tratamiento curativo (prestación de servicios en beneficio de la Comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico) ni las de estricta educación y protección (acogimiento por otra persona o núcleo familiar).

Pero la claridad ya no resplandece sobre varios temas relacionados con la aplicación de las medidas.

¿Puede solicitar el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones y el Juez imponer más de una de las medidas del artículo 17? Dada la redacción de algunos preceptos de la Ley es cuestionable la posibilidad de que se imponga solo una de las medidas previstas; por una parte la expresión «alguna o algunas» parece indicar que es correcto el escrito de alegaciones y también la resolución que imponga una medida de las varias posibles; pero, por otro lado, nos hallamos con expresiones gramaticales indicativas de pluralidad. He aquí los pasajes a que nos estamos refiriendo. La regla 10 del artículo 15 expresa que el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones solicitará «*la adopción de las medidas que procedan*»; conforme a la regla 15 del mismo artículo, al comienzo de la audiencia el Juez de Menores informará al menor «*de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal*»; en el trámite de conformidad preguntará el Juez al menor si se conforma «*con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal*» (regla 16); durante la vista el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al Abogado sobre «*la medida o medidas a adoptar*» (regla 17); por su parte, ya en fase de sentencia el artículo 16,1.º expresa que si el Juez «*impusiere alguna de las medidas*», y cuando el menor incumpliere la propuesta de reparación extrajudicial sustitutiva del fallo suspendido se dará cumplimiento «*a la medida acordada por el Juez*». De cualquier manera debe concluirse que la petición del M.F. puede comprender una medida o varias y en este caso en forma alternativa o conjunta.

Lo que no ofrece dudas es que la medida de amonestación, con independencia de sus dificultades prácticas ya anotadas, puede ser medida única a adoptar en momentos anteriores a la sentencia: a la conclusión de la comparecencia (regla 7.^a) y tras el escrito de alegaciones sin apertura de la audiencia (regla 9).

En interpretación sistemática de las reglas citadas, hay que concluir afirmando que el Ministerio Fiscal pueda solicitar y el Juez imponer más de una medida. ¿Pero con el límite de que sean compatibles temporalmente sus formas de ejecución o cumplimiento, como, por ejemplo, la libertad vigilada y la privación del derecho a conducir? No es imprescindible; si no hay obstáculo material alguno para las medidas susceptibles de cumplimiento simultáneo, también es válido el cumplimiento sucesivo de medidas incompatibles por naturaleza para cumplirse al mismo tiempo, siempre que en su conjunto no excedan del tope máximo de dos años.

- ¿Cuál es la duración de las medidas? Algunas son de ejecución instantánea, por lo que carecen de límites temporales (amonestación). Para otras está determinado el límite mínimo y el máximo (internamiento de fines de semana). Y para las demás se fija exclusivamente el tiempo máximo de duración, confirmando así el art. 16.1, final, al declarar que si se impusiere en la sentencia alguna de las medidas que no sean las del número 1.º del artículo 17, «se expresará su duración que no excederá de dos años». Y lo cierto es que en el preámbulo de la Ley esta duración máxima no se extiende a todas las medidas sino solo a la de internamiento, cuando dice que «se establece un límite temporal a la duración de la medida de internamiento». Por otra parte, si la Ley toma en consideración siempre el interés del menor ¿el tratamiento ambulatorio y el acogimiento necesariamente concluyen con los dos años o el tratamiento curativo podría continuar? El límite legal lo es para las medidas aflictivas.

El tiempo máximo está, pues, expresa e inmediatamente determinado, pero el mínimo en la Ley se halla absolutamente indeterminado, no conociéndose el mínimo del límite inferior. ¿La duración de las medidas impuestas en expedientes distintos será el resultado de la acumulación material? O existen límites análogos a los que prevé el artículo 70 del Código Penal y el 988 de la L.E.Cr.? No se trata de la acumulación de medidas en un mismo expediente sino de la acumulación de medidas homogéneas a ejecutar de distinta procedencia. El límite único habrá que buscarlo en la edad del menor porque al cumplir los 16 años hay que revisar las medidas (artículo 20 de la Ley).

El *dies a quo* en el cumplimiento de la medida impuesta se producirá inmediatamente después de la firmeza de la sentencia; pero es problemático cuál será el día inicial del plazo en la medida de privación del derecho a conducir, porque al imponerse, el menor, por razón de su edad, no es titular de ese derecho; parece que el plazo deberá computarse no desde la firmeza de la sentencia, sino a partir del día en que haya nacido el derecho con el cumplimiento de la edad requerida.

- Si el Juez en su resolución acuerda imponer medidas ¿han de ser necesariamente alguna o algunas de las solicitadas por el Ministerio Fiscal? ¿O puede imponer otras distintas? No hay cuestión cuando el menor haya mostrado su conformidad con las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal (regla 16) pues en este caso el Juez dictará acuerdo (sentencia o resolución) de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal. También está resuelto por la Ley que aunque el Ministerio Fiscal en sus alegaciones no haya solicitado la remisión de las actuaciones a las Instituciones administrativas de protección, el Juez puede acordarlo (regla 11, C, inciso final). Como esta última norma es aislada y de carácter excepcional, debe partirse, en los demás casos, de la necesidad de una correlación cualitativa entre petición de medidas por el Ministerio Fiscal y medidas impuestas en la resolución judicial. De ahí que si el Juez impone medidas más graves conforme al artículo 17 de las solicitadas por el M.F. deberá interponerse recurso de apelación, haya sido o no conforme la petición del M.F. con la propuesta del Equipo Técnico; todo ello, claro es, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de supuestos excepcionales en que la fundada argumentación de la resolución judicial lleve al Fiscal a admitir la procedencia de la medida no propuesta y, sin embargo, acordada.

f) *La suspensión del fallo*

Está regulada esta figura en el artículo 16.3 que se inicia así: «En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo». En su propio sentido, con la suspensión del fallo (...) no se acuerda en ese momento medida alguna, y sin embargo en el inciso final del citado artículo 16.3 se establece que si se revocare la suspensión del fallo «se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez», lo que en su literalidad daría a entender que no estamos ante una verdadera suspensión del fallo sino ante una suspensión de la medida. Aparte la irregularidad terminológica, hemos de partir de que la ley ha creado *ex novo* la institución de la suspensión del fallo, que ya pretendió introducir el proyecto de Código Penal de 1980 con más precisión, pues se preveía como suspensión del fallo el que se dictase sentencia completa salvo la parte dispositiva, sometiendo entonces al penado durante un período de tiempo a unas reglas de conducta y tareas favorecedoras de su reinserción social, que habían de llevarse a cabo bajo el control del Juez de Vigilancia, que podía acudir en cualquier momento al Tribunal interesando la revocación del beneficio; una vez transcurrido el período fijado, el reo había de comparecer de nuevo ante el Tribunal, que

acordaría bien el pronunciamiento del fallo para su cumplimiento, fijando la pena, bien el dejar sin efecto definitivamente la sentencia.

Planteamos algunas cuestiones sobre la suspensión del fallo:

- La primera es esta: en qué tipo de sentencias, por razón de la forma de dictarse y de su contenido, puede tener lugar.

¿Procede la suspensión del fallo en los casos en que se dicte la resolución *in voce* o de viva voz? En estas resoluciones lo que se anticipa y se expresa verbalmente es el fallo. Ahora bien ¿si se anticipa el fallo se puede suspender también el fallo, que es suspensión del mismo pronunciamiento? La anticipación del fallo verbal, lo es de la parte dispositiva de la sentencia y no del resto de ella, lo que es totalmente inconciliable con la suspensión del fallo, que presupone existencia actual del resto de la sentencia con la excepción del fallo, cuyo pronunciamiento queda condicionado. Parece, en consecuencia, que son incompatibles la anticipación verbal del fallo y la suspensión del fallo.

¿Por el contenido de las resoluciones, y cualquiera que sean los hechos imputados, en todas puede acordarse la suspensión del fallo? El texto de la ley inclina a cierta limitación: no en todas podrá suspenderse el fallo. De una parte, porque el artículo 16.3 se inicia así: «en atención a la naturaleza de los hechos». Luego habrá hechos que no estarán abarcados por la suspensión del fallo. Y de otra parte, porque la propuesta de reparación sustitutiva de las eventuales medidas debe ser aceptada por el menor y *los perjudicados*. Aún cuando, en ocasiones, los términos de perjudicado y ofendido se utilizan en el ordenamiento procesal como sinónimos o con un mismo significado jurídico (artículos 108 y 761 de la L.E.Cr.) porque pueden coincidir en una misma persona, en otras son distintos los conceptos; el sujeto pasivo es designado como ofendido en los delitos contra las personas y perjudicado en los delitos patrimoniales. Si el artículo 16.3 contempla únicamente a los perjudicados ¿se está refiriendo en exclusiva a perjudicados en sentido estricto? Como el ofendido es realmente el más intensamente perjudicado, debemos entender que el giro *perjudicados* del artículo 16,3 es utilizado en sentido amplio, como el titular o legitimado para instar la acción civil de resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del hecho, que sea la naturaleza de la infracción de que emanen; y también comprenderá a los terceros no ofendidos ni propiamente directos perjudicados, que, sin embargo, sufren las consecuencias económicas de la infracción.

- Presupuesto sustancial para acordar la suspensión del fallo es la aceptación por el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, de una propuesta de reparación extrajudicial. El acuerdo puede ser expreso y pleno como consecuencia de la concurrencia de voluntades de los interesados. Pero también es válida a efectos de la vigencia de la propuesta reparadora, la voluntad

unilateral de la representación del menor si los perjudicados no expresaren un *contrarius consensus* en el tiempo fijado, o si habiendo manifestado explícita oposición, ésta fuera manifiestamente infundada. Pero ¿y si fuere el menor, debidamente asistido, quien no aceptare la propuesta? ¿No se da lugar a la suspensión del fallo o se le impone también la propuesta de reparación?

¿De quién debe partir la propuesta? No de la representación del menor ni de los perjudicados, porque estos se limitan a aceptar la propuesta o a oponerse a ella. Ellos no convienen o acuerdan una propuesta. En el texto de la Ley se desconoce de quién debe partir; tan sólo sabemos que el Juez acordará la suspensión del fallo si la propuesta se acepta (artículo 16,3 párrafo segundo). Si deben ser oídos el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Abogado sobre la propuesta y el Juez debe valorarla, insistimos ¿cuál debe ser el origen de la propuesta?

¿Cuál es el contenido de la propuesta de reparación extrajudicial? En principio, puede asignársele naturaleza patrimonial, porque el menor debe estar asistido por su representación legal y porque los otros interesados en la propuesta son *los perjudicados*. Aunque no exactamente igual esta reparación sería análoga a la reparación o promesa de reparación de los daños causados *a la víctima*, y cuyo efecto es la conclusión del expediente sin comparecencia, definida en el artículo 15,6, apartado segundo. En ambos supuestos la reparación —que no es medida conforme al artículo 17— sustituye a las posibles medidas aunque en momentos distintos: si el hecho es de poca gravedad, archivándose el expediente antes de la comparecencia, y si es de más entidad, suspendiéndose el fallo provisionalmente. Pero si la reparación extrajudicial del artículo 16,3 fuera estricta y exclusivamente patrimonial ¿por qué el Juez ha de valorar «el sentido pedagógico y educativo» de la propuesta de reparación? Seguimos sin saber cuál es el verdadero contenido que la ley quiso asignar a esta propuesta. Y conocer el exacto contenido es esencial para precisar, en un momento determinado, si se ha cumplido o no íntegramente por el menor la propuesta aceptada. Cuestión importante porque el cumplimiento de la propuesta en el plazo señalado, es impeditivo de pronunciar el fallo aplicar medidas y el incumplimiento es determinante de la revocación del acto procesal de suspensión del fallo, con el consiguiente pronunciamiento y efectividad de las medidas a ejecutar ya en forma normal. Como datos para alinearnos en la situación de cumplimiento o en la de incumplimiento, de la ley sólo se extrae que «se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento».

Otro tema: la legitimación para solicitar la suspensión del fallo. Se atribuye al Juez de Menores, de oficio, o al Ministerio Fiscal y al Abogado. Pero ¿cuándo se insta? El Juez dentro del plazo de cinco días para

dictar sentencia. ¿Y los demás legitimados? El último momento hábil es durante la celebración de la Audiencia.

¿Cuál es el tiempo de duración de la suspensión del fallo? El término que se fije lo será «por tiempo determinado». El límite máximo son dos años. El mínimo se encuentra indeterminado. Lógicamente estará en función de los aspectos patrimoniales y educativos de la propuesta de reparación extrajudicial.

g) *Ejecución y revisión de las medidas*

1. La Disposición Adicional 3.^a de la Ley Orgánica 4/1992 dispone que «la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia». La redacción no es técnicamente ajustada, pues en su pura literalidad estaría en contra del principio de exclusividad jurisdiccional que reconoce el artículo 117 de la C.E. Sin embargo, en interpretación estricta la norma expresa que para la ejecución de las medidas ha de valerse el Juez de los medios a proporcionar por las correspondientes Entidades Públicas, en paralelismo con las relaciones existentes entre los Tribunales penales Instituciones penitenciarias. Las Entidades Públicas no pueden cumplir una función que sólo corresponde al Juez. Este «hace ejecutar» sus resoluciones. La Administración «ejecuta» las decisiones de aquél. Es posible distinguir entre lo que es «hacer ejecutar» y lo que representa «ejecutar», atribuyendo esas funciones a órganos distintos. El Juez, en todo caso; mantiene el control de la ejecución, debiendo la Administración dar cuenta periódica de ello, y siempre que surja cualquier incidencia.

En el proceso de ejecución de medidas es imprescindible una colaboración permanente entre Jueces de Menores, Ministerio Fiscal y Administraciones públicas y de las Comunidades Autónomas. Pero ¿cuáles son en cada Comunidad Autónoma las Entidades Públicas a quienes se confía la ejecución de las medidas y con las que el Ministerio Fiscal ha de mantener estrecho contacto? Son variables, y como las mismas Entidades no siempre están capacitadas para la ejecución de ciertas medidas, son otros organismos que forman parte de entidades colaboradoras quienes realizan la coordinación entre la Administración que ejecuta a instancias del Juez y las entidades colaboradoras. Los recursos materiales, instrumentales y personales con que cuentan la Administración Central y las Comunidades Autónomas para la efectividad de la ejecución no son los mismos. En este orden tampoco las Comunidades Autónomas son homogéneas, sino un mosaico plural con facetas positivas en algunas, pero generalmente negativas, con grandes carencias en la infraestructura y en la misma manera de ejecutar. Y poner rápidamente en marcha la ejecución de las medidas no es fácil, y costoso en las Comu-

nidades pequeñas con pocos menores sujetos a expediente. Pero lo cierto es que la Ley resultaría ineficaz si no existen posibilidades de cumplir exactamente las medidas.

En particular, líneas generales sobre algunas medidas.

Amonestación.— ¿Quién la ejecuta? No ofrece dudas que debe ser el Juez de Menores tanto si se trata de amonestaciones previas a la sentencia (regla 7.^a y 9.^a del artículo 15) como si se acuerdan en la sentencia. La amonestación debe ser motivada, en relación con el caso concreto, no bastando las genéricas e indeterminadas. Será preciso en algunas ocasiones la publicidad relativa o en presencia de la familia o los representantes legales del menor. Aunque no consista en una reprobación privada, ya inexistente, tampoco debe caracterizarse por la cordialidad.

Internamientos de fines de semana.— ¿Dónde hay que internar a los menores? No en establecimientos de régimen abierto, sino semiabierto. También es posible en el domicilio de los padres si estos responden y con cierto control. No en los Centros de reforma, porque su tratamiento ha de ser distinto al de los menores allí internados. La duración será de 36 horas y cuando comprenda más de un fin de semana puede cumplirse en semanas no consecutivas.

Libertad vigilada.— Se está demostrando que las Comunidades Autónomas carecen de medios para la ejecución de esta medida. En teoría debe hacerse el seguimiento a través de delegados sobre un plan determinado que se pasará al M.F. y a las defensas. De otro modo para nada serviría por lo que en estos casos lo más ajustado sería modificar la medida.

Acogimiento.— ¿Debe representar un régimen idéntico al del artículo 173 del Código Civil? No es el del Código Civil. En primer lugar, porque es un acogimiento por profesionales de la educación, si fueran a una familia normal se lesionaría el derecho de los padres. En segundo lugar, porque al tratarse de un menor conflictivo, este acogimiento es medida de reforma, no de protección, en cuanto deriva de la comisión de un hecho punible. Y por último, porque aquí no media consentimiento, sino que se impone; y no es de amparo y protección, además, porque esta medida, si procediera, se ha decidido ya antes de este momento conforme a la regla 11, c) del artículo 15. Si se ha de ejecutar tras la firmeza de la sentencia existe la dificultad de encontrar personas o familias dispuestas a asumir ese acogimiento. Y como el acogimiento será remunerado ¿por quiénes lo serán? Por los organismos colaboradores de las Comunidades Autónomas.

Privación del derecho a conducir ciclomotor o vehículos de motor. Ya hemos dicho que no se trata de privación del permiso de conducir, porque, obviamente, por razón de la edad se carece de él. Se trataría de una privación anticipada, de una expectativa, porque el derecho no ha nacido. Así, el tema es éste: ¿cuando comienza la ejecución de una medida de privación de un derecho no nacido? No inmediatamente después

de adoptada dado que resultaría ineficaz en la mayor parte de los casos, porque durante el tiempo de la privación del derecho —un máximo de dos años— el derecho no habría nacido.

Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad y tratamiento ambulatorio e ingreso en Centros terapéuticos.

Realmente no está creada la infraestructura necesaria para llevar a cabo estas medidas. La prestación de servicios en beneficio de la Comunidad no puede identificarse con trabajos forzados sino con un trabajo verdadero. En ningún caso atentará a la dignidad personal. Se puede llegar a acuerdos con entidades benéficas públicas o privadas (Cáritas, Cruz Roja, etc) porque no habrá técnicos en las Comunidades Autónomas para coordinar y ejecutar las medidas. Al tratamiento ambulatorio han de preceder siempre informes médicos, psiquiátricos y psicológicos, no necesariamente de Médicos forenses ni de los componentes de los Equipos Técnicos.

Si no hay específicos Centros terapéuticos bastarán los Centros en que hay alguna Unidad en que se dé acogida a los jóvenes, sin que sea imprescindible su autonomía.

Ingreso en Centros de régimen abierto, semiabierto o cerrado. Se carece de un *status* jurídico sobre el internamiento de los menores en régimen cerrado, abierto o semiabierto. No existen reglamentos generales. En todo caso, reglamentaciones particulares ordenadoras del régimen interno, quedando todo al arbitrio de organismos de las Administraciones Central o Autonómicas. El marco jurídico normal puede quedar reducido a un director del Centro que decide autónomamente, unos educadores y el menor. Pero el menor tiene derechos y estos pueden ser vulnerados. ¿Con qué medios cuenta el M.F. para controlar el cumplimiento de estas medidas? Su intervención en la ejecución es básica y sus facultades amplias. Deberá vigilar los Centros de reforma; es esencial su visto bueno a los reglamentos internos, sobre todo en lo referente a medidas disciplinarias de especial rigor y a las posibles sanciones de aislamiento. Aparte el control activo del M.F. los directores de los Centros deberán dar cuenta de los cambios y de la evolución del menor; del programa correctivo del internamiento o del proyecto educativo que se va a acometer con el menor, así como del sentido del tratamiento. ¿Pero cuáles son las garantías de ese cumplimiento? Imprescindible es adoptar los mecanismos en cada caso precisos para que Jueces de Menores y Ministerio Fiscal controlen eficazmente el cumplimiento de estas medidas. El artículo 18 de la Ley de 1948, no derogado, concede al Juez una vigilancia permanente de todas las incidencias; en este sentido el Juez de Menores es un Juez de Vigilancia con todas sus consecuencias. También es básica la intervención del M.F. en la ejecución de estas medidas. Hay que seguir las fichas de estos menores, y ello en base al artículo 23 de la

nueva Ley, conforme al cual puede pedir que se emitan informes sobre el cumplimiento en general.

Otras medidas.

- ¿Y la medida sustitutoria adoptada al tiempo de la suspensión del fallo, que consiste en el cumplimiento de una reparación extrajudicial? Se desconoce el mecanismo de control de su cumplimiento. Pero si tuviere en algunos casos únicamente contenido patrimonial, dado que la aceptación del menor está complementada para que adquiera validez por la voluntad de sus representantes legales, en caso de incumplimiento podrá instarse el cumplimiento forzoso. Si fuera imposible el único efecto sería la revocación de la suspensión del fallo.
- Otro punto distinto tratamos ahora: *la ejecución de medidas no impuestas al menor sino a sus padres o representantes legales por la comisión de algunas de las faltas del artículo 584.1 y 2 del Código penal en las que los menores son víctimas*. Para su conocimiento son competentes los Juzgados de Menores (artículo 9.2.º de la Ley) por el procedimiento del juicio de faltas (artículo 15.2 de la Ley). No hay cuestión para la ejecución de las penas privativas de libertad y de las penas pecuniarias, sujetas al régimen general. Pero al final del artículo 584 del Código penal se dispone «que los padres o tutores mencionados en los números 1 y 2 de este artículo, podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela sobre el menor».

La suspensión de la patria potestad estaba reconocida en el Código Civil en su artículo 171: los Tribunales, decía esta norma, podrán privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio. Cuando el Código Penal de 1944 incorporó a su texto el abandono de familia como infracción penal, su artículo 487 preveía que los Tribunales podrían acordar la privación de la patria potestad, y en el artículo 584, cuando los hechos fueran de menos entidad o constitutivos de falta, se disponía que los padres podían ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor. Así había coincidencia entre el Código Civil y el Código penal: para los hechos más graves privación de la patria potestad, para los menos graves, suspensión.

Ahora la situación es distinta. Permanecen en sus líneas generales los artículos 487 y 584 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Pero el Código Civil en materia de patria potestad experimentó una notable modificación con la Ley de 13-5-1981. El nuevo texto desconoce la suspensión de la patria potestad. El artículo 170 expresa ahora que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento

de los deberes inherentes a la misma, en causa criminal o matrimonial. Y el caso es que la patria potestad suspendida permanece en el artículo 243.1.º del Código Civil cuando dice que no pueden ser tutores los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

¿Cómo debe interpretarse el artículo 170 del Código Civil, concretamente los términos *privación total o parcial* de la patria potestad? ¿La privación parcial equivale a suspensión de la patria potestad, y la privación total a la definitiva? Ni la privación total significa privación definitiva, porque puede recuperarse cuando hubiera cesado la causa, (artículo 170, párrafo segundo del Código Civil), ni la privación parcial se identifica con la suspensión. Si la patria potestad tiene conforme al artículo 154 y concordancias del Código Civil, contenido personal (guarda, alimentación, educación) y contenido patrimonial (administración, representación, usufructo limitado), la privación parcial abarcará algunas de las funciones que integran la patria potestad, en tanto que la suspensión es la privación temporal del ejercicio de todas las de la patria potestad. A ello se refiere el último párrafo del artículo 584 del Código penal en el texto de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio: «podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad», en tanto que ese mismo artículo en su redacción anterior afirmaba que «podrán ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor». Esto sí era privación parcial.

Delimitado el contenido de la suspensión de la patria potestad queda sin concretar cuál será el tiempo de la suspensión. No el tiempo de la condena privativa de libertad porque la suspensión de la patria potestad no es pena accesoria sino medida establecida en beneficio del menor. Tampoco el tiempo asignado a las penas de suspensión de derechos públicos en el Código penal. El tiempo está legalmente indeterminado. ¿Podrá acordarse en la sentencia que se recupera la patria potestad suspendida cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión, al modo prevenido en el artículo 170, párrafo segundo, del Código Civil? ¿O la medida de suspensión tendrá el límite máximo previsto para las medidas a adoptar contra el menor en el artículo 16,1.º de la Ley?

2.— Revisión de las medidas. Así como la medida cautelar de internamiento puede ser modificada —no sustituida por otra— o ratificada transcurrido un mes como máximo (regla 5.º del artículo 15), las medidas definitivas o adoptadas en las resoluciones de los Jueces de Menores —con la excepción de la número 1 del artículo 17— «pueden ser reducidas y aún dejadas sin efecto por el Juez que las haya dictado» (artículo 23). Así, las medidas cuyo cumplimiento sea continuado y sin intermitencias, se reducen o se extinguen antes del día de su cumplimiento efectivo. La extinción anticipada no plantea problemas. Si los suscita el otro término: la reducción de las medidas. ¿Reducción va referido necesariamente a la misma medida impuesta? Se trataría entonces de *reducción* del tiempo de duración fijado en la Sentencia, de

reducir la extensión de la misma medida. ¿Pero es posible incluir en la palabra reducción la sustitución de la medida impuesta por otra incluso de distinta naturaleza? Ello implicaría transformación de la medida, el reemplazamiento por otra. Esta interpretación desborda la letra de la Ley, y, de aceptarse, en ocasiones podría ser más gravosa para el menor, pues no toda sustitución tiene porqué ser más beneficiosa ya que está en función de la evolución del cumplimiento de la medida. En cambio la reducción nunca perjudicaría la situación del menor. Hemos de señalar que en el preámbulo de la Ley hay un párrafo que dice: «se establece la posibilidad.... de revisar las medidas impuestas en atención a la evolución de las circunstancias del menor». Indudablemente revisión es término más amplio que reducción, pues en sus efectos cabe cualquier modificación, tanto la cancelación total como la reducción y la sustitución, con el límite de que la medida que ocupe el lugar de la impuesta sea alguna de las previstas en la Ley. Mas la llamada revisión en el preámbulo de la Ley, debe comprender sólo los conceptos del artículo 23, con lo que se limita a anticipar el cumplimiento en sus dos formas: quedar sin efecto la medida, cancelándola, o reducirla cuantitativamente. No se trata de una revisión en sentido técnico como acontece en medidas impuestas a otras personas peligrosas que abarcan también la faceta negativa de prolongación de la medida acordada o la sustitución por otra.

La tesis de que reducción puede alcanzar la sustitución de la medida impuesta es otro criterio que aquí se rechaza y que se manifiesta del siguiente modo: Las medidas, según dispone el artículo 23 son modificables en cualquier momento, reduciéndolas o cancelándolas. Cabe, por tanto, convertir un internamiento no agotado en su tiempo, en una libertad vigilada por ejemplo. Incluso cabe que esa posibilidad de modificación se fije ya en la resolución. A tal fin habrá ocasiones en que pueda pedirse expresamente una medida de internamiento de seis meses, por ejemplo, solicitándose que a los dos meses se revise la misma para determinar la posibilidad de cumplir el resto del período en régimen de libertad vigilada... También, no obstante, cabe pensar en una modificación a la vista de la manifiesta ineficacia de la medida. No se olvide que no se trata propiamente de sanciones. Si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá... que instar su cancelación.

¿Cuándo existe la posibilidad de reducir o extinguir las medidas impuestas? Así como para la medida cautelar de internamiento cualquier modificación positiva o negativa ha de adoptarse antes de que transcurra un mes, en el artículo 23 no se establece plazo alguno ni *a quo* ni *ad quem*. Resulta sin embargo evidente que el cumplimiento se ha iniciado y que el menor ha estado o está a disposición del Juez, porque la reducción o la extinción se acuerdan por el Juez «a la vista de los informes que se emitan sobre su cumplimiento y el desarrollo del menor».

¿Y el procedimiento a seguir para la revisión? Se formará una pieza separada con los informes emitidos sobre la evolución del cumplimiento; los legitimados para iniciarla son el M.F. y el representante legal del menor, sin que conforme al artículo 23 lo esté la defensa.

h) *Los recursos en la ley orgánica 4/1992*

El artículo 16 números 4 y 5 dispone que contra los autos y resoluciones de los Jueces de Menores cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se interpondrá en el plazo de cinco días, contados a partir de su notificación; y contra las providencias de los Jueces de Menores, cabe recurso de reforma ante el propio Juzgado, que se interpondrá en el plazo de tres días contados a partir de su notificación.

Dado el carácter supletorio de la L.E.Cr. no serán recurribles las resoluciones que en ella estén exceptuadas como: autos de abstención (artículo 55); auto admitiendo práctica de pruebas para la apertura de audiencia (artículo 659.3); auto acordando la apertura de audiencia, a semejanza del auto de apertura de juicio oral que se reputa inimpugnable; auto que desestima la recusación (artículo 228 de la LOPJ que modifica en este punto el artículo 69 de la L.E.Cr., sin perjuicio, obviamente, de hacer valer esa causa de recusación que se pretende a través de los recursos que procedan contra la resolución definitiva).

La tramitación del recurso de reforma se sujeta a las normas generales de la LECr. (artículos 787 y 222 de la LECr.).

Contra la denegación de la admisión de un recurso, debe admitirse un recurso de queja ante la Audiencia Provincial.

Es dudoso qué trámite deberá darse a los recursos de apelación: el del juicio de faltas, el del procedimiento abreviado o el previsto para los sumarios ordinarios. En la práctica es más rápida la resolución de las apelaciones en los juicios de faltas y en el procedimiento abreviado, siendo su régimen muy similar tras la última reforma de la LECr. por Ley 10/1992, de 30 de abril. Debe concluirse que la apelación de todas las resoluciones de los Jueces de Menores, pongan o no fin al procedimiento se tramitará por las normas del procedimiento abreviado, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas generales de los recursos de la L.E.Cr. Es necesario que a dichas apelaciones se las dé un trámite de carácter urgente y preferente en las Audiencias Provinciales.

Ahora bien ¿procede el recurso de apelación en ciertos casos por los perjudicados? La Ley no permite su intervención en el procedimiento de reforma ejercitando acciones penales (artículo 15.2), pero no se prohíbe el de las acciones civiles, y si han de notificarse las resoluciones y autos que pongan fin al procedimiento a las personas que pueden verse afectadas por ellas (artículo 270 LOPJ), es posible el recurso en el área de la responsabilidad civil.

i) *Régimen transitorio en los órdenes sustantivo y procesal*

1. Para los expedientes iniciados antes de la vigente legalidad, surge la duda de si en ellos podrán imponerse las medidas introducidas por la Ley orgánica 4/1992, o habrá de estarse al catálogo más reducido del artículo 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. La disposición adicional segunda de la Ley establece la supletoriedad del Código penal, lo que nos conduce a sus artículos 23 y 24, que no hacen sino plasmar en el orden penal el principio de legalidad reconocido en el artículo 25.1 de la C.E. La cuestión no es fácil de determinar, pero se entiende que en la medida en que la legislación anterior era posible adoptar la medida de internamiento, y ésta ha de considerarse más gravosa que cualesquiera de las medidas de nueva creación reflejadas en el artículo 17 de la Ley (privación del derecho a conducir, prestación de servicios en favor de la Comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en Centro de carácter terapéutico) nada impide solicitar esas medidas para hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley nueva. El argumento se consolida si se toma en consideración que no se trata propiamente de penas, sino de medidas que han de tender a la formación y educación del menor.

2. La única disposición transitoria de la Ley se limita a decir que mientras subsistan los Tribunales Tutelares de Menores serán competentes para conocer de los procesos seguidos por los supuestos comprendidos en el artículo 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Nada se dice respecto al régimen aplicable a los expedientes en tramitación al tiempo de su entrada en vigor, con lo que regirá el principio de retroactividad a que dan acogida los artículos 9.3.º de la Constitución y 2.3.º del Código Civil. Sin embargo, este principio trasladado a las normas procesales no es pacífico en su aplicación. Conviene hacer una precisión previa que parte de la consideración del Derecho procesal como derecho autónomo. El dato a tener en cuenta para determinar si estamos ante una aplicación retroactiva de la ley procesal, no es la fecha en que acontecieron los hechos, sino el momento en que se está siguiendo el proceso. Por ello, las actuaciones incoadas después de la publicación de la Ley, aunque lo sean por hechos acaecidos con anterioridad, se ajustarán en su tramitación a la Ley nueva. Y para señalar cual es el momento de incoación, habrá que estar no a la fecha del inicio de las actuaciones procesales, sino a la fecha de recepción en el órgano judicial o fiscal de tales actuaciones.

Fuera de esta primera precisión, hay argumentos para defender otras posturas: estimar que la aplicación de la nueva Ley a los procesos pendientes no supone retroactividad (*tempus regit actum*); considerar que los procesos ya abiertos han de continuarse conforme a la normativa vigente al tiempo de su iniciación; distinguir según se trate de fases procesales (terminación de la fase en curso con arreglo a la normativa anterior

y acomodación de la fase siguiente a la ley nueva); aplicación de la ley posterior en todo caso a los procesos pendientes, aunque dejando subsistente la validez de los actos anteriores, salvo que de la nueva ley se desprenda lo contrario.

Ante este panorama y teniendo en cuenta criterios de orden práctico, parece ajustado que la continuación de los expedientes en trámite, se culmine conforme a la legislación anterior si bien con ciertas modificaciones que se anotarán. De un lado, porque la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal consiste en mantener la dualidad instructor-enjuiciador, y esa finalidad no se alcanzaría con la remisión de los expedientes —que ya están en mayor medida instruidos por el Juez— a Fiscalía, por lo que no concurriría la razón motivadora de la reforma, al no evitarse la confusión de funciones de instrucción y enjuiciamiento, en la medida en que el Juez de Menores ya estaría —en expresión de frecuente acogida en la jurisprudencia— «contaminado». De otro lado, porque el cambio de órgano instructor podría afectar, en alguna medida, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Y, finalmente, por una fuerte razón de orden práctico: con las actuales disponibilidades de las Fiscalías, esa remisión global de los expedientes habría supuesto el colapso absoluto.

Por tanto, es preferible entender que los expedientes cuya tramitación se inició antes de la nueva Ley se registrarán en lo sucesivo por la normativa anterior. Sin que quepa argüir en contra que no existía normativa anterior a partir de la sentencia del T.C. de 14-2-1991 que hablaba de vacío normativo. La no existencia de normativa particularizada escrita no significa la inexistencia de normas. De modo necesario había de seguirse un cauce procesal derivado de los principios generales del Derecho, normas constitucionales e internacionales vigentes, concretándose por el Juez en sus últimos términos conforme a la labor integradora que el mismo Tribunal Constitucional les llamaba a ejercer (artículo 1,7 del C.C.).

Para esa labor integradora, sin embargo, los principios de la nueva ley pueden jugar una importante baza interpretativa. De ahí se deriva que en tales expedientes se entenderá:

- No ser imprescindible la emisión de informes por el equipo técnico.
- Que antes de resolverse el expediente, por el Ministerio Fiscal se emitirá dictamen indicando si estima procedente o no la imposición de medidas y, en su caso, la que repute adecuada.
- Que no es necesario que para imponer la medida de amonestación se celebre vista.
- Que para la imposición de las demás medidas se atenderá al caso concreto para instar o no la celebración de vista. No se considera necesaria cuando el principio de contradicción haya sido plenamente salvaguardado durante las actuaciones.

- En los casos en que el Juez de Menores haya llevado a cabo una auténtica labor instructora con carácter plenamente inquisitivo, se valorará la procedencia de suscitar o no el incidente de recusación. En el caso de que no haya existido propiamente labor instructora, sino puramente de enjuiciamiento —aunque no concentrado— con salvaguarda del principio de contradicción —o posibilidad de contradicción— en todas las diligencias, no habrá inconveniente legal ni constitucional para que el mismo Juez que venga conociendo del expediente adopte la resolución oportuna.

**El Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores
víctimas de un delito**

—Instrucción núm. 2/93, de 15 de marzo—

I

El acaecimiento de ciertos hechos delictivos puede provocar, en ocasiones, que la ofensa al bien jurídico penalmente tutelado vaya acompañada, además, de singulares efectos paralelos cuya repercusión negativa llega a ser igualmente intensa, alcanzando a otros bienes jurídicos y recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado.

Ese plus de lesividad que se añade a una acción delictiva puede obedecer en su origen a causas de muy diversa índole. La especial naturaleza del bien jurídico menoscabado, la condición social del autor y, en fin, la edad de la víctima, pueden contribuir a que la indiferencia sociológica ante el injusto que ofende bienes ajenos se torne en desmedida expectación colectiva.

La concentración de los sucesos y su tratamiento periodístico, ha puesto de manifiesto, con mayor virulencia que nunca, la indefensión de los menores y la causación de daños, algunos irreparables, para el desarrollo equilibrado de su personalidad. Tales agresiones, no detectadas probablemente por el menor y por su entorno inmediato, deslumbrados por atravesar el umbral del anonimato, han sido rechazadas por la sociedad que ha recibido consternada la divulgación repetitiva y a veces morbosa de la imagen de quienes carecen de resortes defensivos para intuir, valorar y finalmente protegerse de la manipulación de su identidad y circunstancias familiares.

Los derechos del menor, pero también la respetabilidad de la inmensa mayoría de la profesión periodística, exige no sólo una reflexión serena acerca de las causas sociológicas que han propiciado esos excesos sino, además, una decidida respuesta por parte de las instituciones que, constitucionalmente, deben velar por el respeto de los derechos fundamentales de quienes se encuentren en situación de desamparo, acotando la degradación ética que subyace en esa forma de entender el derecho a la información y que vulnera derechos constitucionalmente protegidos.

La manera de cómo una sociedad trata a sus niños refleja no sólo sus cualidades de compasión y atención protectora sino también su sentido de justicia, su compromiso con el futuro y su impulso para mejorar la condición humana para las generaciones futuras.

El deseo de llegar a conocer los detalles más minuciosos que rodearon la comisión del delito, el afán por captar los aspectos más recónditos de la dinámica delictiva, constituyen un comprensible estímulo para que algunos medios de comunicación, en la legítima lucha por afianzar y extender sus respectivas ofertas informativas en tan competitivo mercado, se esfuercen en proporcionar una imagen más que precisa del evento delictivo y de sus protagonistas.

Ya la Fiscalía General del Estado se ha ocupado del análisis del proceso penal como delicado punto de encuentro en el que convergen intereses enfrentados. De un lado, el legítimo ejercicio de la libertad de información y, de otra parte, el derecho a la intimidad de quien es objeto de investigación criminal.

La jurisprudencia constitucional viene estableciendo que el valor preferente del derecho de información sólo prevalece sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas en la medida que su sacrificio resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática (art. 10.2 del Convenio de los Derechos Humanos).

El problema, finalmente, es el de fijar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando puede colisionar con la libertad de información. Constituye también criterio jurisprudencial, el que el límite inferior lo marcan la verdad, el ánimo de informar y el respeto; las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y el propio concepto que cada persona observe según sus actos y determine sus pautas de comportamiento. Al enmarcar en este espacio los conceptos de intimidad, privacidad y sociedad, también es imprescindible tener muy presente el principio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho y cuya condición de canon de constitucionalidad tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones y constricciones. La proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada cuando se procede a la limitación de un derecho fundamental, haciendo, en definitiva, ilegítimo, su ejercicio sin la ponderación razonada y proporcionada a su contenido y finalidad.

En esta dirección sobrepasan el límite de lo tolerable en un Estado de Derecho las noticias que contemplen vejaciones innecesarias que, más allá de la voluntad de informar, inciden e infringen derechos subjetivos de los menores, a los que el Ministerio Fiscal debe procurar.

No existe un Código Deontológico de la Profesión Periodística en España. En el ámbito de Catalunya se aprobó en fecha de 22 de octubre de 1992 por la Junta de Gobierno del Colegio de Periodistas el Código Deontológico de la Profesión Periodística de Catalunya, compartido por la mayoría de los profesionales del Estado Español en su congreso del mes del mismo año, que en su artículo 11 preceptúa que deberá tratarse con especial cuidado toda información que afecte a menores, evitando difundir su identificación cuando aparezcan como víctimas (excepción hecha de los supuestos de homicidio), testigos o inculpados en causas

criminales, sobre todo en asuntos de especial trascendencia social como en el caso de los delitos sexuales (...). También se evitará identificar contra su voluntad a las personas próximas o a parientes inocentes, de acusados o convictos en procedimientos penales».

Se trata ahora de analizar otro aspecto que puede acompañar a esa misma realidad de un proceso penal sobre el que se proyecta el ansia de difusión y recepción informativa.

La apasionada curiosidad colectiva respecto de aquellos ilícitos que tienen por protagonistas pasivos a menores de edad lleva, en ocasiones, a una indiscreta y multitudinaria injerencia en la investigación judicial. Para lograr absorber esa demanda informativa, determinados medios de comunicación se han esforzado en obtener imágenes y declaraciones de los sujetos del episodio ilícito, proporcionando testimonios documentados que alientan y multiplican el seguimiento colectivo del hecho ilícito.

Sin embargo, tanto la exhibición pública como la irreflexiva mercantilización de la amarga experiencia vivida por el menor de edad víctima de un delito, implican un comportamiento que no puede contemplar el Ministerio Fiscal desde la indiferencia institucional. No en vano, su Estatuto Orgánico, aprobado por ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su art. 3.7, encomienda al Ministerio Público el ejercicio de labores que tengan por objeto «la protección y defensa de menores y desvalidos», sumándose el legislador ordinario a una tradición histórica en la definición de los perfiles competenciales de aquél. Ya el Estatuto de 1926, en su art. 2.5 le atribuía la representación y defensa de los menores.

La preocupación legislativa por proteger el ámbito de privacidad del menor muestra su presencia en diversos textos legales. El art. 39.4 de la Constitución ya dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su art. 16, reconoce el derecho del niño «a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...) ni de ataques a su honra o a su reputación», añadiendo el párrafo 2 que el niño tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Aclara su art. 1 que «entendemos por Niño, todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable haya llegado antes a la mayoría de edad».

Singular valor cobran hoy las palabras de James P. Grant, Director Ejecutivo de UNICEF que, tras la ceremonia de firma de la Convención en Nueva York el 26 de enero de 1990, manifestó: la Convención ha dado prioridad a los niños en las agendas nacionales e internacionales. La Comunidad Internacional ha proporcionado una base firme para una nueva ética que define al niño como individuo con derechos inalienables no menos valiosos que los del adulto».

Otros textos internacionales, concebidos en función del ejercicio de las facultades de reforma del menor, evidencian esa misma preocupación, revelando así una sensibilidad legislativa claramente dirigida a evitar el efecto perturbador que, para el desarrollo integral del menor, puede provocar un torpe entendimiento de la publicidad procesal. En esta línea, la *Recomendación núm. R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, en el capítulo relativo a la Justicia de Menores recuerda «el derecho de los jóvenes al respeto de su vida privada».

Asimismo, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, aprobadas por la Asamblea General el día 29 de noviembre de 1985, e incluidas en el Anexo de la resolución 40/33, en su principio general 8, se ocupa de «la protección de la intimidad», señalando, en el apartado primero, que «para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad»; añade el apartado segundo que «en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente».

A la vista de tales disposiciones, cobra pleno sentido el contenido actual de la regla 14, párrafos 2 y 3 del remozado art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto 11 de junio de 1948. En efecto, tras la reforma operada por la LO 4/1992, de 5 de junio se dispone que «el Juez podrá acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas», añadiendo que «en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación».

Cierto es que algunos de los preceptos señalados están pensando en el proceso de reforma de un menor que no ha sido suficientemente motivado por la norma penal llamada a tutelar determinados bienes jurídicos. Sin embargo, la aplicabilidad de su filosofía inspiradora es incuestionable cuando se mira no ya al menor sujeto del injusto, sino a la víctima de éste.

II

Con independencia de las cautelas legislativas impuestas para el proceso que tiene por objeto el enjuiciamiento del injusto protagonizado por el menor, el tratamiento informativo de cualquier hecho que pueda conllevar una intromisión en la esfera íntima de aquél, está sujeto a una serie de exigencias cuya elusión puede acarrear consecuencias jurídicas no debidamente ponderadas. Y es que, como se ha afirmado gráficamente, la vida privada debe estar amurallada, pues no hablamos de otra cosa que de esa esfera de la existencia en la cual ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado.

La *LO 1/1982, de 5 de mayo*, dictada en desarrollo del art. 18.1 de la Constitución, tiene por objeto la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tal protección se dispensa frente a las intromisiones ilegítimas de terceros en la esfera de aquellos derechos fundamentales, pertenecientes a la categoría de los derechos de la personalidad.

Fundadas críticas doctrinales han puesto de manifiesto la contradicción conceptual que supone proclamar en el art. 1.3 del referido texto que «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible», apuntando que «la renuncia a la protección de esta ley será nula» y añadir, inmediatamente después, en el art. 2.2 que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso...».

En cualquier caso, al margen de la denunciada imperfección técnica, interesa destacar que el consentimiento del titular del derecho susceptible de ser vulnerado actúa como una verdadera causa de justificación. Esa aceptación voluntariamente expresada del titular del derecho para admitir la intromisión muta la ilegitimidad de la injerencia convirtiéndola en legítima.

Especial interés tiene para los Sres.-Fiscales el contenido del art. 3.1 y 2, alusivo al régimen jurídico observable en aquellos casos en que el titular de los derechos que pueden ser objeto de menoscabo es un menor o un incapaz. Dice, en efecto, el aludido precepto:

1.— «El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2.— En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».

La fórmula legal concebida se halla en armonía con el régimen general que el art. 162.1 del Código Civil establece respecto de la representación legal de los hijos. En su virtud, tras señalar aquel precepto que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», exceptúa «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

En el deseo de colmar de contenido la imposición legal que condiciona la aptitud para consentir válidamente, a la posesión de cualificadas «condiciones de madurez», se ha sugerido tomar como referencia el patrón normativo que proporcionan diversos preceptos del Código Civil

que, en otras materias, permiten al menor realizar determinados negocios jurídicos a partir de cierta edad —14 años—, o exigen su audiencia si fuera mayor de 12 años o tuviere suficiente juicio (cfr. arts. 663, 177.3, 156 y 92 del CC.).

Sin embargo, constituye preferente preocupación de la Fiscalía General, no ya el prefijar topes convencionales que actúen de referente en los supuestos ordinarios, sino impedir que el impacto psíquicoemocional que pueda sufrir un menor —incluso, de suficiente madurez—, en ciertos casos especiales, sea empleado para la obtención de un consentimiento irreflexivo o que esté motivado por la momentánea, artificiosa y efímera atracción hacia una popularidad asentada exclusivamente en el insano figoneo que generan algunos sucesos delictivos.

Fuera de los casos calificables como ordinarios y en que la afirmación de madurez no admita dudas, los restantes supuestos —conforme exige el art. 3.2— imponen al representante legal que ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, mediante escrito, el consentimiento proyectado. Si el Fiscal, en el plazo de ocho días se opusiere, «resolverá el Juez».

La LO 1/1982, como puede apreciarse, diseña un elemental trámite dirigido al Fiscal y al que puede seguir, caso de oposición, un sencillo expediente encuadrable entre los actos de jurisdicción voluntaria del art. 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El interrogante acerca de cuál haya de ser el Fiscal llamado a ratificar o rechazar el proyectado consentimiento, o cual sea, en su caso, el órgano judicial competente, parece que puede resolverse, tanto en favor del lugar del domicilio del menor, como del lugar en que la pretendida difusión vaya a verificarse.

La intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido —si éste existiera— para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente —art. 1301 del Código Civil— y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor —arts. 164 y 168 del Código Civil— son sólo algunos de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal.

Sin embargo, la legitimación restringida para hacer valer tales efectos, aconseja de los Sres. Fiscales una labor previsor y anticipada, a fin de impedir la producción de unas consecuencias de difícil reparación. Así, en aquellos casos en que la divulgación de la noticia permita prever una pronta intromisión en la intimidad o la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, los Sres. Fiscales valorarán la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia a fin de advertir a aquéllos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse.

III

No puede limitarse la actuación del Fiscal a la impasible plación de maquinaciones familiares que, orientadas hacia el tan fácil como inespereado rendimiento económico, puedan perjudicar gravemente el proceso de socialización del menor y, con ello, su desarrollo integral. Conviene recordar que ya el art. 154.1 del Código Civil, cuando se ocupa de fijar el contenido de la patria potestad, alude a la obligación de los padres, respecto de sus hijos, de «educarlos y procurarles una formación integral». De ahí que un continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad o una reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia, pueden llevar a emerger la categoría jurídica del *desamparo* con la consiguiente guarda por parte de la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. La descripción legal del desamparo (art. 172.1 CC), considera como tal la situación «que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Resulta de aceptación, aunque no sin dificultades detectables, que tal concepto legal puede acoger en su ámbito la inadmisibile actuación del grupo familiar que antepone el rendimiento económico derivado del drama vivido por el menor a la ineludible y tan necesaria intimidad que la propia naturaleza de las cosas aconseja.

Calificable la situación del menor como incurso en desamparo, cobra pleno sentido la misión del Fiscal a quien el art. 174.1 del Código Civil le atribuye «la superior vigilancia (...) de la guarda de los menores...».

En definitiva, la perplejidad social que produce la impune utilización del infortunio infantil, exige una activa y decidida respuesta de los Sres. Fiscales a fin de impedir que la desdicha que ha convertido al menor en víctima de un hecho delictivo, lleve aparejada, como ineludible añadido, el frecuente recuerdo de los pormenores de la ofensa padecida.

El Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como «Notitia Criminis»

—Instrucción núm. 3/93, de 16 de marzo—

I.— EL MINISTERIO FISCAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS CIUDADANOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS

El derecho a la tutela judicial proclamado por el art. 24.1 de la CE, su efectiva vigencia, constituye, sin duda, una de las más singulares manifestaciones de la realidad y presencia de un Estado de Derecho. Ese poder jurídico que asiste a todo ciudadano, en cuanto titular de derechos e intereses legítimos, en orden a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto e instar una resolución motivada, no puede, en modo alguno, limitarse a un enunciado normativo puramente programático. Por el contrario, el compromiso que a los poderes públicos impone el art. 9.2 del texto constitucional, exigiéndoles una acción remotriz de todos aquellos obstáculos que se opongan a la efectividad de derechos fundamentales, reclama una acción decidida por parte del Ministerio Fiscal a fin de hacer viable, en todo proceso, el contenido real de aquel derecho. Especial protagonismo ha de reivindicar el Fiscal en tal misión constitucional pues, no en vano, el art. 124 de la CE, delimitador del diseño que los constituyentes idearon para el órgano encargado de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, adiciona entre los cometidos institucionales de aquél, la defensa de los derechos de los ciudadanos, legitimándole para instar, si ello fuere preciso, el recurso de amparo (art. 162.1 b) CE) como medio extraordinario de reacción en defensa y reivindicación del derecho individual menoscabado.

Se hace indispensable, pues, una exquisita sensibilidad de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal a fin de lograr que cualquier pretensión ciudadana, atendible y respaldada con la necesaria argumentación fáctica y jurídica, obtenga el impulso y apoyo del Fiscal hasta lograr su reconocimiento judicial. Ello lleva a la Fiscalía General del Estado, a estimular el ejercicio de las facultades de indagación que los arts. 5 del vigente Estatuto y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, le confieren, con la finalidad, bien de investigar hechos denunciados, bien

de erigirse en órgano receptor de conflictos e inquietudes llamados, en su caso, a provocar un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. Es momento, pues, de recordar la plena vigencia y aspiración de eficacia de la Instrucción 2/1988, dictada para el ejercicio de las facultades que, en orden a la dirección de la Policía Judicial, atribuyen al Fiscal los arts. 126 de la CE, 446 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 20 del Decreto 769/87, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Los Fiscales, en suma, habrán de contribuir, en la medida que lo permita su ámbito competencial, a hacer realidad el contenido material del derecho a la obtención de tutela judicial efectiva. Sólo mediante una actuación incansable, con el mismo esfuerzo y dedicación que habitualmente empeña en otros deberes constitucionales, podrá acercar el ejercicio cotidiano de sus funciones a la sugestiva descripción que del Fiscal se contiene en el art. 124 de la Carta Magna.

Muchas y variadas son las formas en que, a lo largo de un proceso, ese derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva puede ser menoscabado. A todas ellas habrán de hacer frente los Fiscales, reaccionando con prontitud y empleando todos los medios procesales que tienen a su alcance a fin de restablecer el imperio de aquel derecho.

De todos aquellos motivos que pueden erosionar de forma especial la vigencia de ese derecho constitucional, destaca, sin duda, la falta de celeridad en la tramitación de causas penales que, en sí mismo, constituye un mal llamado a frustrar las ansias de justicia de quien demanda aquella tutela. La ausencia de celeridad en la tramitación de aquellas causas penales, no sólo incide en la falta de efectividad en la respuesta judicial de tutela, sino que, además, integra violación de otro derecho fundamental de protección privilegiada, a saber, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas que consagra el apartado 2 del mismo artículo 24 del texto constitucional.

La condición de garante de los derechos fundamentales, que constitucionalmente asigna el art. 124 al Ministerio Fiscal, le obliga a desplegar la actividad procesal necesaria a fin de hacer desaparecer las razones de esa tardanza. El alcance y contenido de su obligación institucional puede inferirse, no sólo de lo prevenido en el art. 24 de nuestro texto fundamental, sino de lo establecido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de de 1950, del art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Ese conjunto normativo del más alto rango jerárquico es olvidado, sin embargo, con una frecuencia mucho mayor a la deseable. En efecto, a las razones de naturaleza material, ligadas a las ya clásicas carencias que suelen afectar a los órganos jurisdiccionales y que repercuten en la duración de los litigios, se añade, en los últimos años, otra causa de carácter especial, a saber, la rentabilidad extraprocesal de un litigio pro-

longado en demasía y objeto de continuo tratamiento informativo. Es incuestionable que todo proceso penal cuyos sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública genera un interés informativo, de una legitimidad fuera de duda y que, también goza de la protección constitucional que, a la libertad de expresión y a la de comunicar y recibir libremente información veraz, dispensa el art. 20 de la CE.

La distorsión en el devenir del proceso penal se produce cuando, alguna o algunas de las partes personadas en aquellas causas penales, despliega una contumaz acción procesal tendente a alargar al máximo la duda social que se cierne sobre la persona del imputado.

Es entonces cuando la genuina posición procesal del Fiscal ha de cobrar pleno significado. Bien explícito es el art. 306 de la LECri. cuando, en la vigente regulación del sumario ordinario, afirma que «los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente». Es necesario, pues, que quien por mandato legislativo asume tal cometido supere la paciente resignación corporativa que, en ocasiones, ha llevado al Fiscal a adoptar el papel de pasivo espectador en una instrucción que, en algún momento, puede no ser todo lo diligente que debiera.

El Fiscal ha de lograr, en suma, que la indiscutible vigencia del art. 324 —que impone al Juez de Instrucción un examen autocrítico de las razones que provocan una instrucción prolongada por tiempo superior a un mes—, en relación con los arts. 308 y 646 de la LECri, sea algo más que un iluso propósito legislativo. A nadie escapa que la creciente complejidad de las nuevas formas de delincuencia trae consigo una instrucción mucho más compleja y alejada de históricas formas artesanales en la indagación judicial. No se pretende, ni mucho menos, propugnar una instrucción precipitada e incompleta. Sólo se persigue que la paralización de un sumario únicamente lo sea por causas explicables y que éstas se hallen debidamente documentadas.

No es ésta, desde luego, una preocupación novedosa. Ya la Orden de 23 de marzo de 1932, en su art. 3, estableció que «todo sumario que lleve más de seis meses de tramitación deberá ser inspeccionado personalmente por el Fiscal de la Audiencia o por sus auxiliares, cuando de los partes de adelanto no se deduzca claramente la justificación de la demora. Los Fiscales darán cuenta a la Fiscalía General de la República —actual Fiscalía General del Estado— del resultado de estas inspecciones (...)».

Hoy más que nunca, la vigencia expansiva de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas —art. 24.1 y 2 CE— imponen la ineludible exigencia de que la labor inspectora del Fiscal en los sumarios se extienda a la solicitud de información de las razones que explican la demora en la indagación judicial. De ahí que, en lo sucesivo, los Fiscales Jefes de los distintos Tribunales Superiores de Justicia y de las diferentes Audiencias, remitirán a esta Fiscalía General del Estado, informe trimestral del

resultado de esa tarea inspectora que están obligados a desplegar. Para el caso en que los informes judiciales justificadores de la demora sean insuficientes, respondan a una fórmula rutinaria o carezcan de auténtico contenido, aquéllos serán completados por los Fiscales, tomando como base sus propias conclusiones, obtenidas del contacto cotidiano con el proceso que se retrasa.

Conviene recordar que no sólo los centenarios preceptos de la LECri. suministran la cobertura positiva precisa para reivindicar y exigir el cometido de vigilancia de la instrucción judicial. La propia Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su art. 3.1 —Capítulo II, De las funciones del Ministerio Fiscal—, impone a éste «velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ella señaladas, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes».

Todo ello conduce a exigir del Fiscal una misma labor estimuladora de celeridad para situaciones bien distintas. En efecto, en aquellos supuestos en que el resultado de sus propias indagaciones —al amparo de los arts. 5 del Estatuto, 785 bis LECri y 20 del Decreto 769/87—, evidencie una conducta con indicios de criminalidad, formulará, sin dilación, la pertinente querrela, o remitirá lo actuado al órgano judicial competente, poniendo todos los medios de que disponga al alcance del órgano llamado a practicar la indagación judicial. El Fiscal, pues, habrá de erigirse, en armonía con su mandato constitucional y estatutario, en implacable perseguidor de conductas delictivas merecedoras del reproche jurídico. El mismo rigor empleará, claro es, cuando tal conclusión la obtenga de su examen y presencia procesal en las Diligencias Previas incoadas por el órgano instructor al amparo del art. 789 de la LECri.

Ese compromiso del Fiscal tendente a hacer realidad la idea de un proceso sin dilaciones indebidas, le ha de llevar a un análisis, casi diario, del estado en que se hallen las actuaciones y, una vez pueda inferir que el material probatorio que necesita para deducir acusación se encuentra incorporado a la causa, instar la pronta conclusión de la fase instructora y el impulso encaminado a preparar el juicio oral. No se sugiere al Fiscal otra cosa que lo que, tratándose de sumario ordinario, ya preveía el art. 622.2 de la LECri, esto es que cuando considere «que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral, lo hará presente al Juez de instrucción para que sin más dilaciones se remita lo actuado al Tribunal competente». La misma previsión normativa ha sido acogida por la reforma procesal introductora del Procedimiento Abreviado, estableciendo su art. 781, como genuina función del Fiscal, instar del Juez de Instrucción, «la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal».

Se olvida, en ocasiones, que el mandato constitucional del art. 120.2, referido al carácter predominantemente oral del proceso, sobre

todo en materia criminal, suele ser desplazado por un concepto burocratizado de la fase preparatoria del juicio oral. Bien explícita es la filosofía del legislador ordinario cuando, en la Exposición de Motivos de la LO 7/1988, creadora del Procedimiento Abreviado, señala entre los objetivos de la reforma el «lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad», anunciando que «se aligera el proceso penal de actuaciones inútiles», esperando con ello «una mayor celeridad en la fase de juicio oral».

Mal se concilia tal propósito legislativo con una instrucción exageradamente prolongada en el tiempo y sin que la naturaleza del hecho denunciado ni la adecuada tipificación del mismo así lo imponga. El art. 789.3 de la LECri. califica las diligencias a practicar por el Juez como las «esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho». En la misma idea insiste el art. 780 de la LECri. cuando asigna al Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar la tramitación del proceso.

La aspiración de celeridad, el deseo de aliviar la instrucción sumarial de diligencias sobrantes, no son inconciliables con el escrupuloso respeto de las garantías del justiciable. Baste recordar cómo el art. 314 de la LECri. apunta que «las diligencias pedidas y denegadas en el sumario podrán ser propuestas de nuevo en el juicio oral». En la misma línea, el art. 789.4 de la citada LECri. —en su redacción dada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre— señala que: «los que se personaren podrán desde entonces (...) instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias cuando fueren necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo».

De ahí que toda desviación respecto de la búsqueda de la esencia del hecho denunciado, toda divagación en torno a aspectos no nucleares e indispensables para la calificación del *factum* puede considerarse una desviación heterodoxa de los fines de la instrucción y, por tanto, inútil. La fase instructora sólo se justifica por la necesidad de indagación y calificación del hecho delictivo, pero no se concibe cuando lo que pretende es ir a la búsqueda de una *notitia criminis* posterior que sirva de justificación a lo ya actuado.

Evidentemente, el compromiso que se pide a los Fiscales de erigirse en agentes impulsores del proceso penal, no sería completo si sólo se hiciera hincapié en la necesidad de agilizar la instrucción de aquellas causas que van a provocar una petición de apertura de juicio oral y posterior enjuiciamiento, olvidando que la misma decisión a la hora de instar la conclusión de las diligencias de averiguación ha de estar presente, en su caso, en el momento de postular el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Si la práctica de las pruebas sumariales necesarias para formar convicción acerca de la presencia o ausencia de indicios delictivos evidencia la falta de éstos, el Fiscal no dudará en solicitar la inmediata

terminación del proceso. Conviene, pues, que tal petición, por la importancia de los efectos a ella asociados, no se limite a un escueto y formulario dictamen. Por el contrario, los Fiscales habrán de motivar jurídicamente el porqué de su pedimento. No debe olvidarse que el mismo interés social, cuya adecuada defensa incumbe al propio Ministerio Fiscal, puede demandar una explicación justificadora de los motivos de la petición de sobreseimiento. Ello cobra especial significación en aquellos procesos en los que la pasión indagadora de alguna de las partes personadas puede llegar a responder, más a un afán de permanencia en la incertidumbre social que rodea al denunciado, que a un verdadero deseo de esclarecimiento del hecho. Es menester, en definitiva, que cuando el cuerpo social capte un contraste entre el énfasis acusatorio de una acusación particular y la petición de archivo del Fiscal, tenga a su alcance un razonamiento esclarecedor de la verdadera dimensión del proceso.

No es preciso para respaldar cuanto se viene diciendo, evocar la Recomendación núm. R(87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la simplificación de la justicia penal cuando señalaba que «el retraso en los asuntos penales desacredita el Derecho Penal y atenta contra una buena administración de la justicia». Bastaría recordar lo que, en la Circular de 15 de septiembre de 1906 se hizo recordar a los Fiscales: «(...) un sumario prolongado siquiera un día más de lo racionalmente preciso constituye un perjuicio indebido, un quebranto irreparable, un mayor sufrimiento, lo mismo para el definitivamente condenado que para el, por su fortuna, absuelto, si bien en estos casos los efectos del entredicho de la honra, de la libertad y de los bienes, los dones más preciados del hombre, producen en el orden moral un agravio del derecho tan perturbador y grave que imperiosamente requiere empeños de honor y conciencia para evitarlo».

Y es que la labor del Ministerio Fiscal en defensa de derechos constitucionales, no se agota en el ejercicio de las acciones judiciales que exija el restablecimiento del orden jurídico conculcado. También le impone que, cuando no detecte *prima facie* un quebrantamiento del sistema penal de protección de bienes jurídicos, impida la persistencia de la desconfianza social que, en ocasiones, acompaña inquietantemente a quien es objeto de investigación criminal.

No se espera de los Sres. Fiscales algo distinto de lo que, con toda claridad expresa el art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto del Ministerio Fiscal. Tal precepto recuerda que, para el cumplimiento de la misión constitucional que al Fiscal incumbe, corresponde a éste: «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos faltas u oponerse a las ejercidas por otros, cuando proceda».

Se pide de los Fiscales, en consecuencia, que se constituyan en órganos genuinamente activadores del proceso penal, que impulsen la labor judicial instructora, impidiendo así anómalas interrupciones en la tarea investigadora y que tan poco favorecen al esclarecimiento de la

verdad, tanto cuando esa verdad exija la apertura del juicio oral, como cuando imponga el rápido archivo de las diligencias.

II.— EL MINISTERIO FISCAL Y SU DEBER DE VELAR POR EL SECRETO DEL SUMARIO

El proceso penal representa un delicado punto de encuentro entre la justicia que, en determinados casos, exige el secreto de la información y la libertad de información que requiere el acceso a la noticia y a la documentación, garantizadores de la plenitud del derecho a la información. Para las relaciones entre la justicia y prensa, el secreto de la instrucción ha pasado a ser un tema central, pues, de una parte, hay que preservar el resultado de las diligencias de investigación del peligro de intempestivas revelaciones que comportan a veces daños irreparables y, de otra, hay que asegurar una correcta información.

Las recíprocas relaciones entre secreto instructorio y derecho a la información, pueden suscitar problemas graves, no solamente en lo referente a los términos normativos de la cuestión, sino también y de modo principal, por la aplicación estricta del secreto que lleva a la eventual producción de riesgos con su difusión, sean por iniciativa de los órganos de información, sean por los protagonistas en el procedimiento; produciéndose de esta manera el llegar a una incertidumbre procesal de hecho que amenaza con lesionar seriamente, bien los intereses de la justicia por cuanto respecta a la adquisición de pruebas y al ulterior agotamiento de la investigación, o bien a la dignidad de aquellos contra quienes tan sólo se ha abierto el procedimiento o incluso antes de este momento procesal, y sin que, por tanto, ninguna medida cautelar se haya adoptado ni responsabilidad haya sido aún declarada. Si no son suficientemente considerados y definidos, es materia delicada que conlleva el riesgo de comprometer dos fundamentales valores en que confía el ciudadano: el de la justicia y el de la información, ambos base de un sólido y correcto desenvolvimiento de la vida democrática, y sin los cuales puede desembocarse en la imposibilidad de juzgar con un mínimo de claridad y con la sospecha de que todo esté manipulado para fines diversos a la justicia o de una información seria y documentada.

Ya en la Circular del Tribunal Supremo de 22 de de 1928 se decía sobre el secreto sumarial (art. 301 LECri.) y su vulneración (art. 367 C.p.), que estos preceptos legales deben ser estrictamente cumplidos y al Ministerio Fiscal corresponde velar por su cumplimiento, dado que con el quebrantamiento se perjudica la investigación sumarial, ya que la menor indiscreción puede malograr la más importante y decisiva de las actuaciones. Agregando después que estos perjuicios han de ser mayores cuando tal secreto se quebranta por medio de la prensa, ya que la enorme difusión que la misma proporciona hace mayor el daño que la

ley con su ordenamiento previsor trata de evitar, y hace también que muchas veces la difusión por medio de la prensa de las actuaciones judiciales degeneren en críticas de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad y discusiones sobre su procedencia, con lo que nada gana la instrucción sumarial, perdiéndose, en cambio, mucha de la utilidad que ha de reportar a los fines de la justicia la observancia de los Preceptos legales.

Son palabras que parecen escritas hoy y que demuestran cómo la cuestión ha sido desde hace tiempo objeto de debate, y que tras la Constitución, en el curso de los últimos años, se ha integrado en crónicas políticas y judiciales. En primer lugar, con referencia a la lucha contra el terrorismo y narcotráfico y su apología, en una difícil conciliación entre la legítima exigencia de la opinión pública de conocer sucesos, y la de la magistratura de no dar publicidad a las partes de investigación en curso. En segundo lugar, con relación a procesos penales de relevancia informativa que provocan la impresión de una utilización inversa del instituto del secreto, como caja de resonancia para aquellas noticias o indiscreciones que se filtran hasta los medios de comunicación y que después se archivan de plano.

El problema constantemente aumenta o se exaspera por la excesiva duración de la instrucción; si parece aceptable que el control de la opinión pública permanezca por breve tiempo limitado, más arriesgado es, sin duda, que el mismo permanezca suspendido demasiado tiempo, con el peligro de que la instrucción se encamine de modo erróneo, mientras que la prensa puede realizar una función constructiva corrigiendo y aun previniendo posibles errores judiciales.

Si es verdad que no todos los casos pueden ser concluidos rápidamente, es también cierto que la duración excesiva de un proceso penal está en ciertas materias generalizadas, con la ulterior consecuencia de que la prolongación de la instrucción aumenta de hecho la dificultad de mantener el secreto.

Cualquiera puede observar cómo las normas, incluso penales, establecidas en tutela del secreto instructorio, reciben en la práctica diaria continuas y preocupantes violaciones; la disciplina normativa del secreto, de otra parte, no es siempre respetada en manera lineal, sino que, en muchos casos, las violaciones quedan impunes dando la impresión de una disparidad de tratamiento. La insuficiencia normativa, su frecuente inaplicación en muchos casos, el rigor con que en otros casos viene sancionada la violación, han llevado a muchos a sostener que la defensa del secreto instructorio sea una batalla de retaguardia, por lo que también se ha dicho que el instituto habría muerto en la conciencia popular y en la misma praxis judicial.

La intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos de un delito favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos.

Con las razones de la administración de justicia concurren a justificar el secreto instructorio los derechos del imputado a la reserva, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos en parte, garantice la personalidad del imputado, así como su dignidad.

En contra del secreto instructorio no puede invocarse la Constitución. Esta no impone ningún secreto pero consiente al legislador ordinario a servirse del instrumento del secreto para la tutela de intereses constitucionalmente relevantes.

El régimen jurídico de la publicidad en el proceso penal, se regula, como es sabido, en los arts. 301 y 302 de la LECri. Tales preceptos dibujan un sistema en el que la fase instructora, hasta que se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas —que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento—, con la posibilidad excepcional de que el Juez de Instrucción, de oficio, a propuesta del Fiscal, o de cualquiera de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas.

Idéntica previsión legislativa contiene el art. 789.4.º, inciso final, de la LECri., para el proceso penal abreviado, recordando la vigencia de lo prevenido en los arts. 301 y 302.

No se hace preciso insistir en la importante restricción del derecho a la defensa que supone la adopción por el Juez de la facultad que, en orden a la declaración de secreto del sumario, le otorga el art. 302.2 de la LECri. Los funcionarios del Ministerio Fiscal, que se hallan legitimados para peticionar tal medida, habrán de ponderar rigurosamente la concurrencia de los presupuestos que pudieran hacerla indispensable. Nunca tal solicitud puede estar inspirada por la precipitación, ni tener su origen en la búsqueda irreflexiva de una verdad que nacería viciada al construirse con quiebra del derecho fundamental de defensa.

Lo cierto es que, haya o no mediado auto declaratorio del secreto para las partes personadas, el sumario, frente a quienes no son parte en el proceso, está afectado por el secreto que proclama el art. 301.1 de la LECri. Dicho con otras palabras, la publicidad absoluta, con fundamento constitucional en los arts. 120 y 24.2 de la CE, sólo rige a partir del momento de la apertura del juicio oral. Desde ese instante, cualquier limitación injustificada al principio de publicidad —con las excepciones relativas a las facultades del Presidente del tribunal que recogen los arts. 680.2 y 3, 686, 687 de la LECri., 191 y 192 de la LOPJ— afectaría de nulidad al proceso, conforme recuerdan los arts. 680.1 de la LECri. y 238.3 de la LOPJ. Sólo la restricción basada en un interés constitucionalmente relevante y legitimador de aquella medida e inspirada en lo prevenido en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos de 1950, podría reputarse válida (Cfr. sents. del TC 96/1981, 62/1982, 13/1985, 176/1988 y 123/89).

Cuál deba ser la verdadera actitud del Fiscal a la hora de preservar el secreto de la fase instructora, tanto frente a terceros, como frente a las demás partes personadas si hubiera recaído auto declaratorio de tal medida, es cuestión que exige comentario particularizado.

Conviene no olvidar que la plena eficacia del secreto de las diligencias sumariales puede entrar en oposición con el también derecho fundamental a comunicar y a recibir información del art. 20.1.d) del texto constitucional. Sería ocioso recordar que la comunidad social no es indiferente ante el desarrollo y desenlace de procesos penales que, por la naturaleza del hecho denunciado o por la condición de alguno de los sujetos intervinientes, provocan una legítima demanda de tratamiento informativo. Supondría un inconsciente distanciamiento de la realidad social sugerir una reacción del Fiscal ante la publicación de noticias que se refirieran a hechos que son objetos de averiguación sumarial. Y es que, como ya dijo la sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985 de 31 de enero, «(...) el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales».

La reacción del Fiscal que observa que la publicación de datos sumariales puede perjudicar el éxito de la instrucción o que puede perturbar seriamente el círculo de derechos que el art. 18.1 de la CE reconoce a todo ciudadano, ha de ser la de instar o llevar por sí una investigación tendente a dilucidar si aquella información ha exigido, para su obtención, quebrantar previamente el secreto del sumario o si, por el contrario, ha podido ser lograda con independencia de los documentos sumariales. No se pide con ello a los Fiscales otra cosa distinta que la que puede inferirse de la lectura de la precitada sentencia 13/1985, del Tribunal Constitucional, que afirmó que «una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo».

Iría en contra de la descripción constitucional del Ministerio Fiscal —garante de derechos fundamentales— cualquier intento de cercenar el derecho a difundir y a recibir información veraz. Lo que ha de perseguir el Fiscal es que no sean las propias partes personadas o cualquiera de los órganos públicos intervinientes en el sumario, los que suministren una información que les está vedado propagar. Indudablemente, la demanda social de información hará, en función de su intensidad, que los medios de comunicación, en el legítimo ejercicio de su cometido, alimenten las distintas fuentes de información a su alcance. Al Fiscal incumbe reaccionar frente al quebrantamiento del secreto sumarial cuando éste se produce por quienes están obligados a guardar silencio.

Tampoco es novedosa la sensibilidad del Fiscal respecto de la vigencia de los arts. 301 y 302 de la LECri. Ya la Circular de 28 de julio de 1928 se propuso como objetivo exigir del Ministerio Fiscal que «vele con todo cuidado y diligencia por que el secreto del sumario no se quebrante, y en cualquier ocasión en que resulte infringida la ley inste lo conveniente para el castigo de la infracción».

III.— LA DENUNCIA ANÓNIMA: SU VIRTUALIDAD COMO «NOTITIA CRIMINIS».

En el sistema penal español la iniciación del procedimiento penal se desencadena desde que se hace llegar al órgano jurisdiccional la sospecha acerca de la existencia de un hecho que, en principio, alberga en sí los elementos definitorios de una figura delictiva.

Esa sospecha que reclama la atención judicial —*notitia criminis*— puede utilizar como vehículo formal, bien la denuncia, bien la querrela, sin perjuicio de apuntar la existencia de alguna forma especial de incoación del procedimiento centrada en la excitación especial del Gobierno» (art. 467.5 del Código Penal), de ámbito especialmente limitado a los delitos de injurias y calumnias a que se refiere aquel precepto.

Fuera de los casos en que la figura delictiva de que se trate exiga un requisito especial de procedibilidad e imponga la denuncia o la querrela como presupuesto ineludible para hacer viable una investigación oficial, ésta puede desencadenarse sin necesidad de mayores exigencias formales. Bien explícito es el art. 308 de la LECri. cuando, al regular las primeras diligencias de investigación, señala que «inmediatamente que los Jueces de Instrucción (...) tuvieren noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia, y los Jueces de Instrucción darán además parte al Presidente de ésta de la formación del sumario...». Nadie duda que, salvadas las exigencias impuestas por los postulados constitucionales inherentes al Juez natural y a la exigible imparcialidad, la formación del sumario puede iniciarse —de hecho así lo anuncia el art. 303 de la LECri.— ya de oficio, ya a instancia de parte.

Con independencia de lo que pudiera calificarse como el régimen jurídico ordinario de iniciación del procedimiento penal, conocido en sus más singulares matices por los Sres. Fiscales, es objetivo de la Fiscalía General dar unidad interpretativa a una forma de denuncia que, si bien no fue inédita en tiempos pasados, es su resurgir actual el que aconseja una conexa y sistematizada respuesta del Ministerio Fiscal. Se trata de la denuncia anónima en la que, tras el velo del anonimato y la falta de transparencia en la identificación del denunciante, pueden llegar a ocultarse espurios propósitos encaminados a la descalificación pública y al descrédito social del denunciado.

El propósito legislativo por impedir tan irreversibles efectos en la honra del denunciado llevó a la Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) a prohibir la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. El uso desmesurado que históricamente llegó a tener la delación aconsejó a los redactores de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y de la Compilación General de 1879 a proscribir la denuncia anónima como forma de comunicación de hechos delictivos.

La vigente Ley de Enjuiciamiento se ocupa explícitamente de exigir la identificación del denunciante. Así, establece el art. 266 que «la denuncia que se hiciera por escrito deberá estar *firmada por el denunciador*», previniendo lo propio el art. 267 para los casos en que la denuncia se haga verbalmente, supuesto este último que hace difícil concebir una denuncia anónima.

Conectando con la tradición histórica reseñada, la Real Orden Circular de 27 de enero de 1924 señalaba que «las denuncias anónimas no deben ser atendidas por las Autoridades, y menos dar lugar a actuación alguna respecto del denunciado sin previa comprobación de hechos cuando parezcan muy fundados».

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 135/89 —fundamento jurídico 6— suscribe una interpretación expansiva del derecho a la presunción de inocencia, señalando que ésta existe «antes del proceso y opera en cada una de las fases del mismo: en la iniciación, proscribiendo la admisión de denuncias o querellas que carezcan de un mínimo de verosimilitud».

Las peculiaridades del previgente sistema normativo en materia de delitos monetarios, que admitía la denuncia con promesa de participación lucrativa en la multa que recayera, explica el extravagante contenido de la Orden de 30 de junio de 1976 (BOE 19 julio de 1976), dictada por el Ministerio de Hacienda con el confesado propósito gubernativo de «aclarar la reglamentación de denuncias públicas». En su virtud, los particulares que denunciaran alguno de los delitos monetarios —entonces definidos por la Ley Penal y Procesal de 24 de noviembre de 1938—, «podrán reservar su nombre» (art. 1), añadiéndose que «la denuncia reservada (...) se consignará en unos libros especiales que se denominarán *Libro de denuncias secretas* de delitos monetarios. La denuncia reservada y secreta deberá contener las circunstancias precisas para la averiguación del hecho delictivo de que se trata (...)». Añadía la referida Orden que «el contenido de los libros citados será absolutamente secreto y reservado, sin que en ningún caso pueda ser revelado el nombre del denunciante ni hacer mención del mismo en el expediente respectivo».

Las prevenciones y cautelas respecto de la denuncia anónima se hallan también presentes en el derecho comparado más próximo. El art. 333.3. del Código de Procedimiento Penal italiano (Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, núm. 447) anuncia

que «las denuncias anónimas no surtirán ningún efecto, a salvo lo previsto por el art. 240». Como puede apreciarse el proceso penal italiano no reputa causa legítima desencadenante del proceso una denuncia de particular que no se halle debidamente identificado. La excepción acogida en el art. 240 no es propiamente una singularidad en el régimen general, pues tal precepto (integrado en el Cap. VII —De los documentos—, del Título II —Medios de prueba— del Libro III —De la prueba—) se ocupa del valor probatorio que pueda atribuirse, en un proceso ya iniciado, a una prueba documental que tenga por soporte documentos anónimos. Sólo así puede entenderse su contenido cuando señala que «los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser aportados, ni en ningún modo utilizados, salvo que constituyan el cuerpo del delito o se crea que proceden del imputado».

Consignar esa generalizada actitud de recelo de los distintos órdenes jurídicos hacia la denuncia anónima no agota los numerosos problemas que a aquélla acompañan. En efecto, conviene no perder de vista que la denuncia —también la anónima— se acoge al régimen jurídico general predicable de los actos procesales. De ahí que en aquellas ocasiones en que la falta de identificación del impulsor de la *notitia criminis* obedezca a una omisión formal tras la que no se esconde ninguna otra motivación, el mandato del art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a habilitar una posibilidad de subsanación.

Sin embargo, una denuncia carente de aptitud como tal presupuesto procesal desencadenante, puede servir, en su contenido material, como medio transmisor de la noticia de unos hechos que justifiquen la incoación *ex officio* de la primera fase del proceso. Ya fue objeto de mención expresa el art. 308 de la LECri que, referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias «inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren conocimiento de la perpetración de un delito». Tal criterio legal se repite en el art. 962 de la misma LECri cuando, al tratar del procedimiento para el juicio sobre faltas impone la convocatoria a juicio, según la naturaleza del hecho, «luego que el Juez competente tenga noticia de haberse cometido alguna de las faltas previstas en el Libro III». No cabe duda que, con independencia de la idoneidad formal de la denuncia como tal, ésta podrá ser reputada instrumento transmisor válido de una noticia criminal.

Distinto es el interrogante que se podría plantear acerca de si la denuncia anónima no subsanada y, por ende, con una acusada insuficiencia formal en la identificación del denunciante, puede colmar la exigencia de un requisito de perseguibilidad impuesto para determinadas figuras delictivas. La respuesta negativa viene aconsejada por un elemental razonamiento que aspire a excluir el absurdo en la deducción jurídico-formal.

Resulta indudable que, con independencia de la virtualidad que los distintos órganos jurisdiccionales quieran atribuir a una denuncia anónima, el mayor interés de los Sres. Fiscales se centra en el valor que deban

asignar a las denuncias anónimas que les sean dirigidas. No en vano, el Ministerio Fiscal, ya desde la visión histórica del proceso penal, es un órgano idóneo para recibir denuncias —arts. 259, 262 y 264 de la LECri.— y para practicar la comprobación del hecho denunciado» —art. 269 LECri.—.

Sin embargo, la utilidad de la fijación de criterios uniformes se hace más patente ante la nueva morfología constitucional del Ministerio Fiscal. El art. 5 del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, el art. 20 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio —que motivara la Instrucción 2/1988 de esta Fiscalía General— y el art. 785 bis de la LECri. —redacción operada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre— impiden un Fiscal anclado en una actitud de inhibición y artificiosa neutralidad.

Los términos en que aparece redactado el art. 785 bis de la LECri. son bien significativos a la hora de afrontar los interrogantes planteados. Dice, en efecto, el referido precepto que «cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien *directamente* o por serle presentada una denuncia o atestado practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo». Una detenida lectura evidencia que tres son las fuentes formales de conocimiento que el Fiscal puede llegar a tener para instar la práctica de diligencias de investigación preprocesal, a saber, denuncia, atestado o *conocimiento directo*.

Nada parece impedir que ese conocimiento directo, que puede tener por origen variadas fuentes, pueda apoyarse en una denuncia anónima no subsanada. Si bien ésta adolecerá de inidoneidad para integrar conceptualmente lo que por denuncia en sentido jurídico-formal deba entenderse, su capacidad para transmitir una sospecha generadora de investigación preparatoria debe estar fuera de duda. Una vez practicadas, en su caso, las diligencias de averiguación que se estimen oportunas podrá el Fiscal instar del Juzgado de Instrucción la incoación de las correspondientes Diligencias Previas y, con ellas, de la primera fase del proceso penal.

Conviene, en definitiva, insistir en la naturaleza de la denuncia como acto desencadenante de una investigación preparatoria o propiamente procesal. Cualquier enfoque que pretendiera extender sus límites más allá de lo apuntado estaría contribuyendo a la confusión acerca del contenido conceptual de distintos aspectos del proceso. Resulta obligado, pues, diferenciar con nitidez el régimen jurídico de la denuncia —incluso, de la subsanación de sus deficiencias formales o de su condición como vehículo transmisor de la noticia criminal— y el régimen jurídico de la documentación que, con finalidad probatoria, pudiera aportarse con esa denuncia. La valoración acerca de la capacidad o incapacidad de la denuncia anónima para provocar el arranque procesal nada tiene que ver con la validez o ilicitud del acompañamiento documental de aquélla.

De ahí que el interés del Fiscal en la incoación de una fase de investigación pueda ser perfectamente compatible con la firme y resuelta defensa del archivo cuando estime que las pruebas acompañadas con la denuncia no reúnan las condiciones de integridad y legitimidad que el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone para la validez probatoria.

En suma, la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas.

Acerca de si la Sentencia condenatoria con fundamento en el Artículo 487 bis del Código Penal ha de llevar consigo el abono de las cantidades adeudadas en concepto de responsabilidad civil

—Consulta núm. 1/93, de 16 de marzo—

I

La Fiscalía consultante, tras dejar constancia de la falta de prosperabilidad de los recursos hasta entonces entablados contra aquellas sentencias condenatorias que, con fundamento en el art. 487 bis del Código Penal, omitían un pronunciamiento de responsabilidad civil, plantea la posibilidad de acoger, para el adecuado respaldo jurídico de futuros recursos, los argumentos elaborados por uno de los órganos decisorios que, de forma novedosa, ha consolidado una línea interpretativa favorable a la indemnización de perjuicios —art. 101.3 del Código Penal— como derivación de toda sentencia condenatoria.

El razonamiento manejado por las resoluciones condenatorias que extienden su pronunciamiento a la obligación de abonar las cantidades adeudadas, busca su apoyo en la Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de junio, cuando ésta proclamó que la finalidad del nuevo precepto no es otra que la de «proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por parte del obligado a prestarlos».

Al amparo del singular valor interpretativo atribuible a la voluntad legislatoris, afirma el órgano sentenciador que «no cabe duda que la deuda cuyo incumplimiento se sanciona en el precepto tantas veces aludido es una deuda muy especial, no sólo por su naturaleza —la deuda alimenticia entre parientes— sino por su recalcitrante incumplimiento —no se trata de dejar de pagar un mes por no poder atender el pago sino de ser consciente y asumir el impago consecutivo de tres meses o seis alternativos— de modo que es como si en el patrimonio del deudor se operara una reserva para atender las necesidades de los parientes a cuyo alimento debe proveer, cuyo incumplimiento recalcitrante deja de ser un incumplimiento propio que daría lugar a un delito de mera actividad para mutarlo en un verdadero apoderamiento de parte de esa reserva patrimonial que todo padre tiene en favor de sus hijos, lo que conlleva que se trate de un delito de apoderamiento cuya primera y obligada consecuencia es la restitución al perjudicado del importe apropiado; de modo que, la especialidad y trascendencia de la deuda incumplida muta ese incum-

plimiento en verdadero apoderamiento de la parte del patrimonio del deudor sobre el que se opera la reserva».

II

Es obligado reconocer que la Consulta planteada resulta inseparable, en su dificultad, de los problemas interpretativos de toda índole que se derivan del propio art. 487 bis del Código Penal. Este precepto constituyó una de las innovaciones más novedosas de la LO 3/1989, de 21 de junio, promulgada para la reforma y actualización de nuestro texto punitivo. Su vigencia ha ido acompañada de críticas doctrinales de muy diverso género. Se ha visto en el nuevo tipo una inadmisibles resurrección de la prisión por deudas, más propia de otras etapas históricas, ya superadas, del derecho penal. Su presencia ha sido reputada innecesaria ante la existencia de otros tipos penales que ya tutelaban el bien jurídico que se trata de proteger. No ha faltado, en fin, quien estime que el precepto de que se trata constituye el ejemplo paradigmático de la filosofía oportunista del nuevo texto legal.

Tales censuras —algunas de las cuales han sido invocadas por órganos judiciales renuentes a la aplicación de la respuesta punitiva prevista en el tipo— son paralelas a la reivindicación de mayor rigor retributivo por parte de distintos grupos de opinión, que han criticado la tibieza judicial a la hora de castigar los incumplimientos típicos.

El tratamiento penal de la conducta sancionada por el actual art. 487 bis no es, desde luego, nuevo en la historia de nuestro sistema punitivo. La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, en su art. 34, sancionaba con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas al cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de un convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, sancionándose en todo caso la reincidencia con pena de prisión.

Tampoco es el art. 487 bis un precepto absolutamente extravagante si se toma como referencia alguno de los sistemas penales europeos. Así, el Code Pénal francés, en su art. 357-2, sanciona al cónyuge que, tras su divorcio, separación o nulidad, deje voluntariamente de pagar más de dos meses de las prestaciones o pensiones de cualquier naturaleza que deba en virtud de un proceso matrimonial o de un convenio judicialmente homologado. Incluso, el sistema penal francés incorpora una presunción de voluntariedad en el incumplimiento («le défaut de payement sera présumé volontaire, sauf preuve contraire») de imposible conciliación con el rango constitucional que, en nuestro derecho, tiene la presunción de inocencia.

Es preciso reconocer, en el plano de la reflexión teórica, que el actual art. 487 bis es de difícil justificación a la vista de los principios ins-

piradores de un derecho penal moderno. El carácter fragmentario del derecho penal, su condición de «ultima ratio» impiden el aplauso dogmático a un enunciado punitivo que nace ante la insatisfacción social por el deficiente funcionamiento del sistema de ejecución en la jurisdicción civil. Es fácil detectar en el art. 487 bis un recurso —en nuestros días cada vez más socorrido— a lo que se ha venido en llamar el «Derecho Penal simbólico».

Sin embargo, la defensa de la legalidad que constituye para el Ministerio Fiscal un objetivo, al tiempo que un principio rector de su actuación (art. 124 CE), han llevado a la Fiscalía General del Estado, en la búsqueda de una vigorosa defensa de intereses sociales necesitados de protección, a postular una incondicional aplicación del nuevo tipo.

Además, al interrogante acerca de si la condena penal con fundamento en el art. 487 bis había de llevar aparejada la declaración de responsabilidad civil, ya la Circular 2/1990, dictada para unificar los criterios interpretativos de los Fiscales ante la novedad legislativa, respondía afirmativamente. Tal respuesta se ha visto reforzada, si cabe, por el apoyo que a la misma ha prestado alguno de los trabajos que tuvo acogida en la última de las Memorias de esta Fiscalía General.

En consecuencia, la vigencia del criterio favorable a la declaración de responsabilidad civil hace aconsejable que los Sres. Fiscales respalden sus pretensiones acusatorias con todos aquellos argumentos que conduzcan a la afirmación de aquél. Ello no es obstáculo para percibir en el razonamiento apoyado por la Fiscalía consultante —además del indiscutible mérito de su lógica y de su novedad—, una ficticia construcción que, pensada en apoyo de una declaración de responsabilidad civil, llega a socavar el verdadero bien jurídico que late en el precepto incriminador. De aceptar la construcción jurídica propuesta, que ve en la conducta del acusado un «apoderamiento de la parte del patrimonio del deudor sobre el que se opera la reserva», nos estaríamos distanciando del actual sentido del injusto para deslizarnos hacia el terreno de las infracciones patrimoniales, configurando una variedad de los delitos de apoderamiento ya conocidos por nuestro Código Penal.

En cualquier caso, con independencia de las consideraciones críticas formulables a todo razonamiento sustentado en la hermenéutica jurídica, la labor promotora de la acción de la Justicia que incumbe al Ministerio Fiscal, ha de llevar a sus representantes a cimentar sus conclusiones en todos aquellos pilares que den fijeza a los objetivos auspiciados por la Fiscalía General, entre los cuales se incluye, como es notorio, el deseo de protección y reparación económica de los miembros de la familia más necesitados de amparo.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN DICIEMBRE DE 1992 Y ENERO-FEBRERO DE 1993
Y CON APLICACIÓN EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCIÓN

Artículo 14

Principio de igualdad

(Ver Sentencia núm. 24/1993, de 21 de enero, sobre *Enajenación mental* — art. 8.1 C.P.)

Artículos 17 y 25.1

Principios de proporcionalidad y legalidad

(Ver Sentencia núm. 24/1993, de 21 de enero, sobre *Enajenación mental* — art. 8.1 C.P.)

Artículo 18

Inviolabilidad del domicilio

«De conformidad con lo dispuesto en el art. 18 de la C.E., y salvedad hecha de los delitos flagrantes, el derecho a la inviolabilidad del domicilio sólo puede ser limitado mediante «resolución judicial». En concreto, por lo que respecta a la potestad administrativa de autotutela o de ejecución de sus propias decisiones, relacionada con la obser-

vancia del art. 184 de la Ley del Suelo y del art. 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística, no conlleva una autorización de ingreso en el domicilio con un automatismo formal. Por el contrario, también en las «entradas administrativas» es menester la autorización judicial prescrita por el art. 18.2 de la Constitución que no establece excepciones de este tipo a la garantía procesal que introduce (STC 22/1984). En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 87.2 ha establecido expresamente la necesidad de que el Juez de Instrucción autorice la entrada en los domicilios y en los restantes lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.»

(STC núm. 211/92, de 30 de noviembre R.A. 1172/89 «B.O.E.» de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 20.1 d) y 18.1

Derecho a comunicar información veraz y derecho al honor. Publicación de «carta al director».

«Es ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas, SSTC 105, 171 y 172/1990), la que afirma que en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 de la C.E. y otros bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso, uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario si ha transgredido ese ámbito, señalando igualmente que son elementos de primer orden a considerar la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, la persona objeto de la información, ya que las personalidades públicas o que voluntariamente adoptan ante un hecho concreto tal condición deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información, en particular, si ha sido difundida por un medio de comunicación social. Todo ello partiendo del superior valor del derecho a la información en la medida en que, al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales.

Hemos también afirmado (por todas, STC 197/1986) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor penalmente sancionables, ya que la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* para el enjuiciamiento de este tipo de delitos puesto que el valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostenta la libertad de expresión y de información, traslada el conflicto a un distinto plano en el que no se trata de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión penalmente sancionada al derecho al honor, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades actúa o no como causa excluyente de la antijuridicidad. Existen en consecuencia dos perspectivas que es necesario integrar, la que enjuicia la conducta del sujeto en relación al honor y la que la valora en relación a la libertad de información o expresión, y sólo de la ponderada valoración de las circunstancias

fácticas del supuesto desde ambas ópticas puede ser resuelto de manera constitucionalmente adecuada el conflicto de derechos fundamentales presente en este tipo de casos, teniendo en cuenta que el juicio sobre la adecuación de esta ponderación a los postulados constitucionales compete en última instancia a este Tribunal».

«Ahora bien, al igual que sucede en cada ocasión de las ya muy numerosas en las que el Tribunal Constitucional ha sido llamado a decidir sobre la preferente aplicación de los derechos en conflicto en un caso concreto, este desconocimiento no significa sin más el otorgamiento del amparo; tratándose una errónea delimitación del contenido de un derecho fundamental que impidió la necesaria ponderación entre el derecho al honor y el derecho a comunicar libremente información veraz, de acuerdo a un ya copioso cuerpo jurisprudencial (entre otras, SSTC 104/1986, 107/1988, 185/1989), hemos de pronunciarnos sobre el fondo de la cuestión planteada.

Esta ponderación debe de partir del hecho de que el conflicto se plantea entre el derecho a comunicar libremente información veraz, en cuanto a que se refiere a un hecho concreto noticiable. —La supuesta jactancia de un concejal del Ayuntamiento de Igualada en una determinada reunión pública sobre el hecho de haber quemado banderas españolas—, susceptible como tal de comprobación, y al que es aplicable el límite de veracidad, a diferencia de lo que sucede con el conflicto entre la libertad de expresión (entre otras, SSTC 107/1988 y 6/1988) y el derecho al honor de la persona objeto de la información.

La jurisprudencia de este Tribunal ha ido configurando una serie de criterios o pautas para resolver estos conflictos. Entre ellos se ha destacado especialmente el de la veracidad de los hechos y el de la relevancia de la información, ya que, si bien existe una dimensión preferente de la libertad de expresión sobre el derecho al honor en cuanto que es garantía y condición necesaria del pluralismo político y de la formación de la opinión pública (entre otras muchas, SSTC 104/1986 y 165/1987), sin embargo «para indagar si en un caso concreto el derecho a la información debe prevalecer será preciso y necesario constatar con carácter previo la relevancia pública de la información y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidas en esa información» (STC 171/1990). Hay que tener en cuenta que, como ha establecido la STC 8/1988 y ha reiterado con posterioridad la STC 105/1990, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está, tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o sencillamente no probadas en juicio, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador a quien se puede y se debe exigir que lo que trasmita como hechos haya sido contrastado con datos objetivos, privando así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la comunicación actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente ni menos a quien comunica como hechos simples rumores, o lo que es peor, meras insinuaciones insidiosas.

En consecuencia, se hace preciso analizar no tanto si lo publicado en el medio de comunicación del recurrente responde a la verdad, entendida ésta como constatación absoluta y plena de lo afirmado, sino más bien si, al autorizar su publicación, el recurrente ha obrado de acuerdo a los estándares mínimos de diligencia y profesionalidad que le son exigibles para que la información pueda ser considerada veraz».

(STC núm. 15/1993, de 16 de enero R.A. 1681/89 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 24.1*Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión*

«La Sentencia adquirió la condición de cosa juzgada material de la que, presumiblemente, no habría gozado de haberse redactado el fallo en términos menos equívocos una vez adquirida dicha condición, la citada Sentencia no podía ser ya variada, sino únicamente aclarada en el plazo previsto en los arts. 267.3 de la LOPJ y 161.1 de la L.E. Crim. Consumido este plazo sin que se presentara aclaración alguna por parte del órgano judicial, toda rectificación posterior de la misma ha de considerarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que, como ha declarado este Tribunal en distintas ocasiones (SSTC 159/1987, 19/1988 y 12/1989), se incluye el derecho a que las resoluciones firmes no sean modificadas o revisadas fuera de los cauces expresamente previstos en el ordenamiento. Pues, como señala el Ministerio Fiscal, «si el Tribunal cometió un error al interpretar en principio el fallo como reducido a un delito y no dos, ha cometido uno mayor al modificar en perjuicio del reo una Sentencia cuatro años y medio después de ser firme, desconociendo que los Tribunales no podrán variar, después de firmadas, las Sentencias que pronuncien (art. 161.1, primer inciso L.E.Crim.), salvo en el día hábil siguiente al de su notificación (art. 161.1, segundo inciso L.E.Crim.), única excepción reconocida».

«Puede, por todo ello, afirmarse que la pretensión del órgano judicial de desandar ahora lo acaso equivocadamente andado, obligando al demandante a cumplir un «resto» de pena al que tal vez se haya hecho acreedor, o tal vez no, pero cuya ejecución resultaría, en todo caso, notoriamente extemporánea, equivale a desconocer que, tal como este Tribunal ha declarado ya en varias ocasiones, los errores de los órganos judiciales, cuando no son imputables a la negligencia de la parte, no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, pues, si así se entendiera, se configuraría una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 172/1985, 107/1987, 190/1990 y 202/1990), frente a la cual no puede prevalecer la posibilidad de rectificar en cualquier momento los errores materiales manifiestos a que se refiere el art. 267.2 de la LOPJ».

(STC núm. 22/1993, de 18 de enero R.A. 1091/92. «B.O.E.» de 12 de febrero de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

(Ver Sentencia núm. 19/1993, de 18 de enero, sobre *Juicio de faltas*. Citación. Art. 965 C.E.Cr.)

Tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones

Ver Sentencia núm. 224/1992, de 14 de diciembre, sobre *Condena condicional* — Artículo 92 y 93 C.P.

Artículo 24.2*Principio acusatorio. Juicio de faltas*

«Este Tribunal ha declarado repetidamente que el principio acusatorio reconocido en el art. 24.2 de nuestro texto constitucional rige también en el juicio de faltas (SSTC

54/1985, 15/1987, 240/1988 y 53/1989, entre otras). Ahora bien, dicho principio, en el ámbito de este proceso, no tiene otra finalidad que evitar que el Juez juzgue y condene sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para hacerlo. Por el contrario, no es obstáculo para que, una vez ejercitada la acusación, el Juez remedie errores de ésta o imponga penas superiores a las solicitadas cuando tal actividad no suponga alterar los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes correspondientes al tipo penal que resulte de la calificación formulada en la acusación y debatida en el curso de aquél (SSTC 12/1981 y 17/1988)».

(STC núm. 21/1993, de 18 de enero. R.A. 110 8/90 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Luis López Guerra).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«Existe una doctrina extensa de este Tribunal sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en numerosas sentencias, cuya pormenorizada reproducción resultaría ociosa (cfr., entre otras, SSTC 36/1984, 5/1985, 233/1988, 28/1989, 85/1990, 37/1991). Baste señalar el criterio común de que la mención en el art. 24.2 C.E. de las dilaciones indebidas encierra un concepto indeterminado y por ello su concurrencia puede también ser enjuiciada en cada caso a la luz de los criterios generales enunciados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar la cláusula del plazo razonable contenida en el art. 6.1 CEDH. Criterios que se refieren a la complejidad del litigio, el comportamiento del interesado y la actuación desplegada por el órgano o los órganos judiciales».

(STC núm. 215/92, de 1 de diciembre R.A. 1947/89 «B.O.E.» de 23 de diciembre de 1992. Ponente: José Gabaldón López).

Derecho a la defensa y a la asistencia letrada

«A tal respecto, debe comenzarse por recordar que este Tribunal ya ha declarado en reiterada jurisprudencia que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada consagrado en el art. 24.2 de la C.E. tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios procesales de igualdad y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes en el proceso o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión constitucionalmente prohibido por el art. 24.1 de la C.E., sin que el hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal sea causa que haga decaer el derecho a la asistencia letrada, pues el carácter no preceptivo de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, quedando por consiguiente incólume en tales casos el mencionado derecho cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de la parte (SSTC 7/1986, 47/1987 y 216/1988)».

(STC núm. 208/92, de 30 de noviembre R.A. 852/89 «B.O.E.» de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra)

Presunción de inocencia

«Tampoco puede prosperar la pretendida vulneración del derecho constitucional de presunción de inocencia. No puede entrar este Tribunal a considerar las razones por las que un órgano judicial de mayor credibilidad a un testimonio que a otro, puesto que la valoración judicial de la prueba no está amparada por el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Cúmplenos comprobar, como ha ocurrido en este caso, que se ha practicado prueba y que ésta tiene el carácter de cargo. El órgano de apelación ha expresado el juicio del que ha extraído sus conclusiones de culpabilidad y, en razón a los propios fines que ha de cumplir el recurso de apelación, ha examinado las pruebas, ha valorado los hechos y ha corregido la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*. El recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987 y 194/1990)».

(STC núm. 21/1993, de 18 de enero. R.A. 110 8/90 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Luis López Guerra).

Presunción de inocencia

(Ver Sentencia núm. 24/1993, de 21 de enero, sobre *Enajenación mental*— art. 8.1 C.P.)

Artículo 25.1*Principio de legalidad*

«El Derecho a la legalidad penal, como dijimos en la SSTC 127/1990 y 118/1992, comprende una doble garantía: Por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de precisión de las sanciones correspondiente, y que, en el ámbito penal estricto, debe entenderse como reserva absoluta de Ley, e incluso, respecto de las penas privativas de libertad, de Ley orgánica; por otra, referida a la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que comporta.

(STC núm. 21/1993, de 18 de enero R.A. 110 8/90 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Luis López Guerra).

Artículo 25.2*Derecho al trabajo penitenciario y a los beneficios de la Seguridad Social*

«La naturaleza y contenido del indicado derecho al trabajo penitenciario y a los beneficios de la Seguridad Social que establece el art. 25 C.E. ha sido ya objeto de examen

por este Tribunal, que ha afirmado que dicho reconocimiento constitucional no supone su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración, pero tampoco como una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración Penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho, pues también aquí hay una exigencia complementaria de la garantía fundamental de la participación en esa actividad de prestación de la Administración. En el derecho al trabajo del interno predomina así su carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de prestación, habiendo de distinguirse en él, como ha dicho la STC 172/1989, dos aspectos: la obligación de crear la organización prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo y el derecho de éstos a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente (fundamento jurídico 2.º). En el primero debe verse antes que nada una obligación de la Administración Penitenciaria de cumplir la obligación prestacional en la medida necesaria para proporcionar a todos los internos un puesto de trabajo, y aunque también pueda reconocerse una titularidad subjetiva del interno es ésta desde luego de eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento, y por ello para el interno es un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata (SSTC) 82/1986 y 2/1987). De este modo, «el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social, que el art. 25.2 de la C.E. reconoce a quienes se encuentran cumpliendo condena de prisión, son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos» (AATC 256/1988 y 85/1989).

Es en el segundo aspecto, partiendo ya de la existencia de un puesto de trabajo adecuado e idóneo, cuando el derecho del interno a ocuparlo adquiere plena consistencia y eficacia, es decir, se configura como «una situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial de ordenamiento jurídico» (SSTC 25/1981 y 163/1986), exigible frente a la Administración Penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas [Art. 26.2 e), capítulo segundo de la Ley General Penitenciaria, art. 182.2 d) y capítulo cuarto del título III del Reglamento Penitenciario], tanto en vía jurisdiccional como, en su caso, en sede constitucional a través del recurso de amparo (STC 172/1989, fundamento jurídico 3.º). «Tales derechos alcanzan relevancia constitucional únicamente si se acredita que en el Centro Penitenciario en el que se cumpla la condena existe puesto de trabajo a cuya adjudicación se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido —El cual no podrá ser arbitrario o discriminatorio—, pese a lo cual la autoridad judicial no adopta las medidas adecuadas para compeler a la Administración a que lo satisfaga» (AATC 256/1988 y 95/1989)».

Artículo 71.2*Inmunidad parlamentaria*

«El carácter objetivo de las prerrogativas parlamentarias se refuerza, en efecto, en el caso de la inmunidad, de tal modo que la misma adquiere el sentido de una prerrogativa institucional. La inmunidad, en cuanto expresión más característica de la inviolabilidad de las Cortes Generales, no está concebida como una protección de los Diputados y Senadores frente a la improcedencia o falta de fundamentación de las acciones penales, sino frente a «la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular» (STC 90/1985, fundamento jurídico 6.^o). Esta última afirmación sería concretada tres años más tarde por este Tribunal, al declarar que «la inmunidad... es una prerrogativa de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden desembocar en privación de libertad, evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento» (STC 243/1988, fundamento jurídico 3.^o).

Hasta ahora este Tribunal no ha precisado más la finalidad constitucional de la inmunidad parlamentaria, ni es evidente que deba hacerlo, en este momento, en mucha mayor medida. Sí es claro, sin embargo, que la hipótesis de una intencionalidad hostil a la institución parlamentaria en la actuación judicial, determinante en los orígenes del instituto (*fumus persecutionis*), debe ser hoy considerado un supuesto no descartable, mas su capacidad de agotar el sentido del instituto supondría la restricción del mismo a unos límites que no parecen haber sido los queridos por el constituyente. Igualmente, es claro que la inmunidad no ha sido concebida para operar, *de facto*, una extensión de los límites de la prerrogativa, en parte vecina, de la inviolabilidad. Mucho menos ha sido preservada por el constituyente de 1978 para generar zonas inmunes al imperio de la ley. Por otra parte, y sin desconocer la lógica inherente al pluralismo político, la inmunidad, como prerrogativa institucional, quedará inmediatamente desnaturalizada si quedase a merced del puro juego del respectivo peso de las fracciones parlamentarias; sólo este sentido institucional es susceptible de preservar la legitimidad de la prerrogativa. La inmunidad, en fin responde, como se ha señalado, al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que pueden incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones. Ello no quiere decir que este interés superior deba imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues habrá de depender también de la gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos imputados. El protagonismo, en fin, de las propias Cámaras en la tarea de lograr un perfil, constitucionalmente adecuado, de la institución en nuestro Derecho es absolutamente decisivo; pero sin olvidar nunca que también a ellas les alcanza la interdicción de la arbitrariedad.

Es en este contexto, donde se sitúa la prerrogativa relativa a la necesidad de obtener la autorización de la Cámara respectiva como condición de procedibilidad frente a cualquiera de sus miembros. La Constitución ha querido que sean las propias Cámaras las que aprecien por sí misma, en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias de cada caso, si la inculpación o procesamiento puede producir el resultado objetivo de alterar indebidamente la composición o el funcionamiento de dichas Cámaras; en esa valoración, como ya decíamos, no pueden ser sustituidas por órganos de naturaleza jurisdiccional (STC 90/1985, fundamento jurídico 6.º).

Lo que ocurre, sin embargo, es que un Acuerdo parlamentario de esta naturaleza puede tener una repercusión externa, pudiendo concretamente afectar a los derechos fundamentales de otros ciudadanos, que nuestra Constitución declara «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1). Frente a esta eventualidad, el art. 42 de la Ley Orgánica de este Tribunal abre la posibilidad de recurrir en amparo ante el mismo.

Este Tribunal ha tenido ocasión de abordar la delicada cuestión relativa a las posibilidades y los límites de su jurisdicción de amparo frente a estas decisiones o actos parlamentarios. Conviene reproducir textualmente la doctrina contenida en nuestra STC 90/1985, en un supuesto similar al presente: «El control que a este Tribunal Constitucional corresponde, según hemos indicado antes, acerca de la conformidad de las decisiones adoptadas en ejercicio de la inmunidad respecto al art. 24.1 de la C.E., no puede llevarnos a revisar o a sustituir esa valoración, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y a ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales. De la existencia o inexistencia de semejante juicio depende, en efecto, que el ejercicio de esa facultad, potencialmente restrictiva del derecho a la tutela judicial, se haya realizado conforme a su propia finalidad y depende, por consiguiente, en el supuesto de que la decisión parlamentaria sea contraria a permitir dicha tutela, que el derecho fundamental a ésta haya de considerarse o no vulnerado» (fundamento jurídico 6.º). Es aquí precisamente donde se inserta la pretensión de los recurrentes, quienes no cuestionan el carácter motivado del Acuerdo, sino la suficiencia de dicha motivación.

Ante todo es de tener en cuenta cómo, en aquel caso, este Tribunal se encontraba ante un Acuerdo carente de toda suerte de motivación o, en nuestra propia expresión, de «juicio de oportunidad o de intencionalidad». Ello no quería decir, sin embargo, que, para el Tribunal, cualquier fórmula de motivación tuviera la virtualidad de despejar cualquier objeción a la constitucionalidad del Acuerdo parlamentario. La fundamentación o motivación, en efecto, no es ni puede ser garantía por sí misma, si no es en cuanto expresión de la coherencia del Acuerdo parlamentario con la «finalidad» de la inmunidad, a la vista de las circunstancias del caso concreto. De ahí que la exigencia, sin más, de un juicio de oportunidad, sino de que el mismo se hubiera producido «de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales», todo ello con independencia de que esa argumentación pudiera ser suplida también, posteriormente, a través de «las alegaciones que por la representación de la correspondiente Cámara se formulen en el proceso de amparo», o incluso «a partir de las circunstancias que concurren en la acción penal que dio lugar al suplicatorio» (fundamento jurídico 7.º).

De ahí que nuestra exigencia de un «juicio de oportunidad» tuviera un sentido predominantemente material: No se trata tanto de que el Acuerdo adopte una «forma motivada», cuanto de que exista en, o quepa deducir del Acto parlamentario una motivación

coherente con la finalidad de la prerrogativa parlamentaria. En todo caso, puesto que, en el presente caso, es el propio Acuerdo el que articula su propia motivación, habrá de ser a esta última a la que nos atengamos.

(STC núm. 206/92 de 27 de noviembre R.A. 1156/89 «B.O.E.» de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 44.1 a) y 44.2

Agotamiento de la vía judicial previa. Plaza para recurrir

Este Tribunal ha declarado en distintas ocasiones que la indebida prolongación de la vía judicial previa al proceso de amparo por causa de la interposición de un recurso no autorizado por la Ley puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo, por prorrogar indebidamente el plazo establecido en el art. 44.2 de la LOTC, no es menos cierto que para que dicha consecuencia se produzca se ha venido exigiendo que la improcedencia del recurso sea evidente, es decir, constatable «prima facie» sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios no absolutamente indiscutibles, ya que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus intereses, impide exigirle que se abstenga de emplear aquéllos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia, que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa que previene el art. 44.1 a) de la LOTC (STC 50/1990).

(STC núm. 224/1992, de 14 de diciembre. R.A. 679 y 765/89 (acumuladas). «B.O.E.» de 19 de enero de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

Artículo 49.1

Objeto del amparo

«Esta alteración de los términos en que el recurrente planteó su demanda supone la introducción en el trámite de alegaciones de una ampliación esencial de la pretensión ejercida en la misma que es inadmisibile y no puede ser convalidado por esta Sala. El objeto de amparo queda definitivamente fijado en la demanda (art. 49.1 LOTC) sin que el trámite de alegaciones consienta una alteración sustancial del objeto del proceso a través de nuevas pretensiones (en este sentido, SSTC 74/1985 y 131/1986).

(STC núm. 21/1993, de 18 de enero. R.A. 110 8/90 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Luis López Guerra).

Artículo 161.1*Aclaración de sentencias*

(Ver sentencia núm. 22/1993, de 18 de enero, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Art. 24.1 C.F.*).

Artículo 754*Sobreseimiento de causas contra Senadores y Diputados*

(Ver sentencia núm. 206/92, de 27 de noviembre sobre *Inmunidad parlamentaria art. 71.2 C.E.*).

Artículo 179*Citación. Edictos*

(Ver sentencia núm. 19/1993, de 18 de enero sobre *Juicio de faltas. Art. 965 L.E.Cr.*).

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**Artículo 875***Depósito previo para recurrir*

«Ha venido afirmando este Tribunal cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el requisito del depósito previo para recurrir —tanto en el proceso laboral como en el arrendaticio y, en menor medida, en el penal—, que esta exigencia no contradice el espíritu del art. 24.1 C.E. y se justifica en su doble finalidad de evitar el planteamiento de recursos meramente dilatorios y, en algunos supuestos, la de asegurar el posterior cumplimiento de la resolución que se pretende impugnar (SSTC 46/1983, 78/1983, 20/1984 y 16/1986, entre otras). También hemos afirmado que la inadmisión de un recurso de casación por aplicación razonada de causa legalmente prevista no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 6/1989), pues la inadmisión no debe entenderse como una sanción a la parte que incurra en un defecto formal, sino como una garantía y un medio de preservación de la integridad objetiva del ordenamiento (SSTC 105/1989 y 165/1989).

Cierto es, y de ello hay que partir, que el declarado culpable de la comisión de un delito tiene derecho a que su causa se someta a un Tribunal Superior según el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prescripción a la cual se ha remitido este Tribunal señalando al hacerlo que entre las garantías establecidas en el art. 24.2 de la Constitución figura la del recurso ante un Tribunal Superior y además que las normas del Derecho procesal penal deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género (SSTC 42 y 76/1982).

Mas los defectos determinantes de inadmisión deben a su vez interpretarse con criterios de proporcionalidad que tengan en cuenta los efectos de la inobservancia de la regla en relación con la finalidad de los requisitos y presupuestos procesales (así resulta de la STC 98/1983). Y sin olvidar, en caso como el aquí cuestionado, que la carga (en sí moderada) de un depósito previo tiene evidente fundamento en cuanto tiende a asegurar la seriedad de la interposición del recurso y alejarla de la mera contumacia del litigante vencido. Por eso resulta necesario atender a la voluntariedad y la diligencia en el incumplimiento del requisito procesal y la importancia y fin de la posibilidad de subsanación sin perjuicios para el proceso o las demás partes (SSTC 29/1985 y 57/1988).

En lo que al caso cuestionado afecta, debe señalarse que el depósito previo para recurrir en casación, exigido por el art. 875 de la L.E.Crim., aparte su relación con el carácter formal de este recurso sólo tiene por fin el de evitar los recursos meramente dilatorios que acaso ya no cumpla a causa de la escasa cuantía que la Ley señala (STC 57/1988); y para el procesado, como es el caso, se limita a la exigencia de presentar junto con el escrito de interposición el documento que acredite haber depositado 750 pesetas en el establecimiento público destinado al efecto (art. 875.4 L.E.Crim.).

Pero de la demanda y también de las actuaciones judiciales, resulta que el actor, al interponer el recurso de casación por infracción de Ley frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, en lugar de ingresar el importe del depósito formulaba «la solemne promesa de constituir el depósito que establece el art. 875 de la L.E.Crim.»; y después, en el escrito de formalización, indicaba que «se hace promesa de constituir depósito si viniere el recurrente a mejor fortuna», con lo cual parecía acogerse a lo prevenido en el último párrafo del art. 875 de la L.E.Crim. respecto de aquellos recurrentes que estuviesen habilitados para defenderse como pobres o apareciesen declarados insolventes, a pesar de no serle aplicable dicho precepto, puesto que la misma Sentencia recurrida había declarado expresamente su solvencia».

«En consecuencia, procede apreciar que el Auto del Tribunal Supremo impugnado no hace sino aplicar doctrina ya sostenida por este Tribunal Constitucional al exigir que los recursos hayan de interponerse, formalizarse y sustanciarse concordantemente con las reglas del Derecho procesal ordinario (AATC 506 y 935/1985). El recurrente, no estando habilitado para defenderse como pobre ni declarado insolvente, lejos de proceder a la subsanación del defecto observado cuando se le hizo patente por alegación contraria, y pese a la escasa cuantía material del requisito y la facilidad de llevarlo a efecto, mostró una voluntaria y contumaz resistencia al cumplimiento de la norma procesal lo cual le impide invocar ahora su indefensión, pues ésta tendría en su caso origen en una conducta procesal abusiva por su parte (SSTC 56/1985 y 52/1990).

En conclusión, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del actor se ha producido; por el contrario, de haberse admitido el recurso de casación, no sólo se habría dejado de aplicar una norma procesal condicionante del acceso al recurso, sino que se habría podido con ello dañar el derecho a la tutela judicial del otro recurrente, quien la había impetrado a través de una clara solicitud de inadmisión frente a quien ahora recurre en amparo».

(STC núm. 29/1993, de 25 de enero R.A. 685/90 «B.O.E.» de 24 de febrero de 1992. Ponente: José Gabaldón Pérez).

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, suprimió el párrafo cuarto del art. 875 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 962*Juicio de faltas. Asistencia letrada*

«En materia de intervención del Abogado defensor ha de distinguirse, pues, entre la defensa técnica necesaria y el derecho potestativo a la designación y actuación del Abogado de confianza. En el juicio de faltas, conforme a su clásica y actual regulación (arts. 962 y ss. de la L.E.Crim., tras su reforma operada por la Ley 10/1992), es cierto que no rigen las reglas comunes de la L.E.Crim. de intervención del Abogado de oficio, pero tampoco lo es menos que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 24 de la C.E., 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la propia doctrina de este Tribunal (STC 307/1989 y AATC 314/1985, 851/1986 y 409/1989, entre otros), también en el juicio de faltas es reclamable el derecho fundamental que a todo imputado asiste a comparecer en él y a solicitar la intervención de un Abogado de su elección a fin de que le defienda en el juicio.

De acuerdo con esta doctrina, no puede admitirse como motivo válido el esgrimido por los órganos judiciales de instancia y de apelación al justificar la no suspensión del juicio de faltas instada por la representación del recurrente por considerar que, no siendo preceptiva en dicho procedimiento la asistencia del defensor para la validez del acto, la incomparecencia al mismo del Abogado de una de las partes no constituye motivo suficiente para decretar la suspensión de la vista. Por el contrario, debe señalarse que la pervivencia del derecho a la asistencia letrada, incluso en aquellos procedimientos en los que no resulta preceptiva, impone a los órganos judiciales la obligación de favorecer el efectivo ejercicio de ese derecho, una vez manifestada la voluntad inequívoca de cualquiera de las partes de ser asistida por un Abogado de su elección, así como la de abstenerse de interponer obstáculos impeditivos a dicho ejercicio, sin otras limitaciones que aquellas que pudieran derivarse del derecho de la otra parte a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 47/1987)».

(STC núm. 208/92, de 30 de noviembre. R.A. 852/89 «B.O.E.» de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Artículo 965*Juicio de faltas. Citación*

«El deber judicial de emplazar a las personas contra quienes se dirige la acción sometida al conocimiento de los Tribunales ha de ser cumplido con especial rigor en los procesos en los que se dilucida la imposición de penas; y cuando el afectado es, precisamente, el acusado, ese deber judicial se ve reforzado por el derecho, que ostenta todo ciudadano, de conocer la acusación dirigida contra él (STC 169/1989, fundamento jurídico 2.º, así como SSTC 123/1991, 141/1991 y 154/1991)».

«Al no haber llevado a cabo las diligencias elementales que hubieran permitido su citación personal, y limitarse a emplazarlo sin más mediante edictos, el órgano judicial infringió no solamente el art. 179 L.E.Crim., sino también el art. 24.1 CE como hemos declarado en supuestos análogos (SSTC 118/1984 y 169/1989)».

«La citación edictal, aun siendo válida constitucionalmente, requiere, por su cualidad de último medio de comunicación, no solamente el agotamiento previo de las otras

modalidades de emplazamiento, sino también que el acuerdo judicial de tener a la parte como persona en ignorado paradero se halle fundada en criterios de razonabilidad (STC 16/1989, fundamento jurídico 2.º). Sin embargo, la observación anterior no puede llevar sin más a la anulación de la condena que postula el actor, porque el restablecimiento de su derecho fundamental a no sufrir indefensión ante el Juzgado de Distrito pudo tener lugar gracias a su comparecencia en el acto de la vista; concretamente en la tercera sesión no solamente compareció ante el titular del Juzgado de Distrito, constituido en Tribunal para juzgar sobre los hechos del accidente, sino que, con tal ocasión, pudo tener conocimiento del riesgo de condena que pendía sobre él y, por ende, disfrutar de una oportunidad real para defenderse (SSTC 15/1984 y 72/1991).

La apreciación de si ello fue realmente así o, por el contrario, su comparecencia resultó estéril para subsanar la grave omisión cometida al no haberlo citado personalmente a comparecer como inculpado, depende de lo que realmente ocurrió en el transcurso de la sesión. Esta valoración debe partir de lo que aparece consignado por el Secretario judicial en el acta del juicio, que es el documento decisivo para apreciar lo acaecido en la vista a la que compareció el actor (SSTC 161/1990, fundamento jurídico 3.º, y 99/1991, fundamento jurídico 3.º).

«Lo determinante es calibrar si, una vez en presencia del órgano judicial, éste subsanó la previa falta de citación, o alguna de las partes en el juicio hizo patente que la acusación podría alcanzarle a él».

(STC núm. 19/1993, de 18 de enero. R.A. 2545/1989 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

IV. CÓDIGO PENAL

Artículo 8.1

Enajenación mental. Naturaleza de las medidas de seguridad. Principios de igualdad, presunción de inocencia, proporcionalidad y legalidad

Naturaleza

«Ciertamente el Código Penal no establece explícitamente cuál sea el fundamento y la finalidad de las medidas de seguridad previstas para los enajenados. Sin embargo, resulta evidente que el criterio determinante para la adopción de tales medidas es la de personalidad del sujeto enajenado, su peligrosidad, y no la mayor o menor gravedad del acto delictivo cometido (pese a que el Código no prescinda por completo de este segundo elemento, ya que la comisión de una falta no es suficiente para prescribir el internamiento o cualquiera de las otras medidas previstas en el art. 8.1 Código Penal). Dichas medidas no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la de prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada —sin olvidar su eventual curación—.

Ese fundamento y esa finalidad se deduce; y al mismo tiempo, explican alguna de las notas características que tienen esas medidas de seguridad en nuestro ordenamiento

y que constituyen, precisamente, el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Así, la relativa indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responden al hecho de que ambos se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva. Ciertamente esas premisas pueden tener distintas concreciones y lo que se trata de dilucidar aquí es si las contenidas en el art. 8 del Código Penal resultan acordes con los arts. 14, 17, 24 y 25 de la Constitución».

Principio de igualdad

«Es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el principio constitucional de igualdad, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todas, STC 19/1988). En el caso que nos ocupa, resulta sin duda justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, o con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de la enajenación mental. El hecho de que la decisión sobre ambos extremos se deje en manos de los Jueces y Tribunales, dentro de las pautas señaladas por la Ley, tampoco entraña desproporción y, por tanto, tampoco afecta al principio de igualdad consagrado en el art. 14 del Texto constitucional».

Presunción de inocencia

«Ninguno de estos argumentos puede servir para estimar que el art. 8.1 del Código Penal sea contrario al art. 24.2 C.E. En primer lugar, lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos exigidos por el art. 8.1 del Código Penal para poder acreditar la eximente de enajenación, sino la acreditación, en cada caso concreto, de las razones tenidas en cuenta por el legislador para imponer al enajenado alguna o algunas de las medidas de seguridad que el precepto establece.

En segundo lugar, con independencia de lo anterior, la aducida infracción del derecho a la presunción de inocencia es puramente retórica y, desde luego, no es posible considerar que la redacción actual del precepto cuestionado conlleve, *per se*, dicha infracción constitucional. En efecto, el internamiento o cualquiera de las otras medidas sustitutorias previstas en el art. 8.1 del Código Penal han de ser adoptadas por el Juez o Tribunal competente sólo en el caso de que se acredite debidamente en

el proceso, de una lado, la existencia del hecho punible y la participación que en él tuvo el acusado, y, de otro lado, y a los efectos que ahora interesan, la enajenación mental del mismo por medio de los pertinentes dictámenes periciales médicos. En este sentido es preciso resaltar que, conforme ha afirmado este Tribunal en la STC 112/1988, en concordancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 5.1. e) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la legalidad del internamiento de un enajenado ha de cumplir, entre otras condiciones, las siguientes: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, y b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento.

El art. 8.1 del Código Penal no obliga, como sostiene el Juez que promueve la presente cuestión a decretar el internamiento o cualquier otra medida de seguridad sin investigación alguna y sin expresa declaración sobre la peligrosidad del enajenado, sino que, al contrario, el precepto cuestionado —en la redacción dada por la L.O. 8/1983— otorga al Juez o Tribunal sentenciador amplias facultades para decretar el internamiento o alguna o algunas de las medidas sustitutorias. Es claro, por tanto, que la elección de las medidas que prevé el art. 8.1 del Código Penal, desde el internamiento a la simple presentación periódica ante el Juez o Tribunal, corresponde al órgano judicial a la vista de la índole de la enfermedad del acusado, de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y atendiendo, conforme a reiterada y constante doctrina del Tribunal Supremo, a la propia gravedad de los hechos en cuanto reflejo y manifestación de la peligrosidad del enajenado.

En suma, probada con todas las garantías procesales la enajenación, la peligrosidad social en un primer momento se deduce del hecho de haber realizado una acción calificada como delictiva por la legislación vigente. Pero de esto no puede deducirse, como parece hacer el juez promotor, que el art. 8.1 del Código Penal presume que la enfermedad y peligrosidad concurrentes al tiempo de cometer el hecho delictivo subsisten en el momento del juicio y posterior ejecución, pues basta la mera lectura del mencionado artículo para comprobar justamente lo contrario. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos en los que la peligrosidad se presupone subsistente durante un determinado tiempo y en consecuencia se fija legalmente un período mínimo de internamiento, el párrafo tercero, adicionado por la L.O. 8/1983, autoriza expresamente al Tribunal sentenciador a sustituir el internamiento «desde un principio o durante el tratamiento», por lo que es evidente que el Código, de una parte, permite al Juez o Tribunal adoptar la medida que estime más apropiada a la enfermedad del acusado, y, de otra, no sólo no presume que la enfermedad mental persista indefinidamente, sino que prevé posibles cambios en la situación del enajenado y, precisamente por ello, faculta al Tribunal sentenciador a adoptar, en cualquier momento, la medida que estime pertinente entre las legalmente previstas».

Principio de proporcionalidad

«En fundamentos precedentes ya hemos descartado que la falta de proporcionalidad entre las medidas de seguridad y las penas impuestas a los penalmente responsables pueda vulnerar el art. 14 de la Constitución. A la misma conclusión cabe llegar con respecto a los arts. 17 y 25 de la C.E. En ninguno de ellos puede hallarse indicio alguno que

impida al legislador regular con criterios dispares las características y la duración de las medidas de seguridad en relación con las penas. El juicio de proporcionalidad entre las penas y las medidas de seguridad es competencia del legislador, que establece o no en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales que toda persona posee en un Estado social y democrático de Derecho, como el que consagra la C.E. en su art. 1.1.

En cuanto a la alegada desproporción entre las medidas de seguridad —especialmente el internamiento— y la finalidad terapéutica y de aseguramiento del enajenado que aquéllas deberían perseguir, la simple lectura del precepto cuestionado permite comprobar lo infundado de esta pretendida vulneración constitucional. La pluralidad de medidas que en él se contemplan tiene precisamente como objetivo permitir la adecuación de esas medidas a los distintos grados de remisión que vaya experimentando la enfermedad. La redacción actual del precepto cuestionado permite, con una correcta aplicación judicial del mismo, que el internamiento o cualquier otra de las medidas de seguridad previstas en ningún caso sea arbitrario o desproporcionado. Así, de una parte, faculta al Tribunal sentenciador, desde el principio o durante el tratamiento, para elegir o sustituir la medida que estime más adecuada al estado del acusado y, de otra parte, también corresponde al Tribunal penal, a través de los sucesivos controles, de oficio o a instancia de parte, controlar la evolución de la enfermedad a efectos de mantener, sustituir o eliminar las medidas de seguridad adoptadas».

Principio de legalidad

«Ciertamente, el legislador no ha establecido una correlación estricta entre los diversos tipos de medidas de seguridad y los grados de remisión de la peligrosidad y de la enfermedad. Ha dejado esta tarea a los Jueces y Tribunales. Sin embargo, de este dato no deriva vulneración alguna del principio de legalidad penal. Primero, porque la adaptación de las medidas a la evolución de la peligrosidad no se deja a la total discrecionalidad del órgano judicial sino que viene impuesta por la Ley y, segundo, porque, por la misma naturaleza de los fines perseguidos por la adaptación, resulta prácticamente imposible establecer con carácter general y abstracto una correlación automática entre tipos de medidas y grados de remisión. Es cierto que el legislador hubiera podido establecer medidas concretas para asegurar con mayores garantías la constante adaptación de las medidas de seguridad a la evolución de los enajenados (mediante, por ejemplo, la exigencia de controles periódicos...). Con todo no cabe duda que la redacción actual del art. 8.1 del Código Penal resulta garantía suficiente desde el punto de vista del principio de legalidad.

Lo mismo cabe afirmar respecto de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad y, en especial, de la de internamiento. En primer lugar, debe advertirse, como ya se hizo en la STC 112/1988, que el precepto cuestionado no consagra una privación de libertad indefinida en el tiempo y dejada a la plena disponibilidad del órgano judicial competente. Esta privación de libertad ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10 C.E.) y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y a este respecto es preciso recordar que, entre las condiciones mínimas que debe cumplir una medida de internamiento, aparte las anteriormente mencionadas

(justificación plena de la enajenación mediante informes médicos y que ésta revista un carácter o amplitud que aconseje el internamiento), destaca la de que el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. En consecuencia, resulta obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin (STC 112/1988). De otra parte, es preciso reiterar que la nueva redacción del art. 8.1 del Código Penal hace posible, como antes se dijo, adecuar las medidas de seguridad adoptadas al grado de remisión de la enfermedad, al prever en su párrafo tercero que el Tribunal sentenciador pueda sustituir el internamiento por otro tipo de medidas que se estimen más adecuadas al estado mental del interesado.

Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos —como los controles periódicos, antes mencionados— para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. Sin embargo, la redacción actual del precepto es suficiente garantía, ya que impone claramente a los órganos judiciales la eliminación de esas medidas en el momento en que dejan de ser necesarias».

(STC núm. 24/1993, de 21 de enero C.I. 1376/88 «B.O.E.» de 24 de febrero de 1993. Ponente: Carlos Viver Pi-Sunyer).

Artículo 23

Retroactividad

«El fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nulum crime, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho. Pero si un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal, inmerso como dijimos en las SSTC 8/1981 y 15/1981 en el de legalidad, significa que no es posible aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, al mismo tiempo indica que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contemple la situación más benéfica o porque tal situación haya dejado de contemplarse. Es decir, en el ámbito del Derecho Penal, la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 C.E. está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad —protección del autor frente a las penas sobrevenidas—, se produciría un perjuicio para el sujeto.

Por estos motivos, el Código Penal, tras consagrar en su art. 23 el principio de irretroactividad de la Ley penal, señala a continuación que las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta. De acuerdo con ello, resulta que la única posibilidad legal de que el Tribunal de apelación haya aplicado en este caso

una sanción no prevista en el momento de producirse la falta se encontraría en la circunstancia de que ésta resultase más favorable al autor de la infracción».

(STC núm. 21/1993, de 18 de enero. R.A. 110 8/90 «B.O.E.» de 12 de febrero de 1993. Ponente: Luis López Guerra).

Artículos 92 y 93

Condena condicional. Motivación del auto denegatorio

La facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por lo demás, vendría prohibida por el art. 9.3 de la Constitución.

Lo anterior podría considerarse legalmente confirmado a la vista de que el art. 92.1 del Código Penal confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí, o de aplicar por ministerio de la ley —esto último en los casos previstos en el art. 94 de ese mismo texto legal— la condena condicional que deje en suspenso la ejecución de la pena. Pues no obstante referirse dicho precepto, de manera expresa, únicamente al otorgamiento del beneficio, de ello no cabe deducir que la denegación del mismo no haya de venir igualmente motivada; ya que, si bien semejante interpretación no sería contraria al tenor literal del art. 92.1, si que se opondría en cambio a los resultados de una interpretación teleológica de la «ratio» del beneficio, a cuyo tenor éste vendría inspirado por la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad dese el punto de vista preventivo. Por ello se ha de interpretar el art. 92.1 del Código Penal en el sentido de que, aunque no se diga así expresamente, también la denegación del beneficio ha de ser motivada por exigencia del art. 24 de la Constitución y establecerlo así expresamente el art. 120.3 de la misma. Máxime cuando, como sucede en el caso de autos no sólo concurrían todos y cada uno de los requisitos exigidos para su concesión por el art. 93 del Código Penal —pues, como es obvio, de no concurrir tales requisitos no podría ni tan siquiera plantearse la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de la pena—, sino que dadas las entidades respectivas del hecho delictivo y de la pena correspondiente, así como las circunstancias personales de los recurrentes, existía un pronóstico favorable de no reincidencia.

A mayor abundamiento, debe señalarse que, si bien es cierto que el penúltimo párrafo del art. 93 del Código Penal concede a los Tribunales la facultad de aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, pese a la concurrencia de los requisitos exigidos en ese mismo precepto para conceder dicho beneficio, no es menos cierto que dicha discrecionalidad viene condicionada por la exigencia de que, a la hora de decidir en un sentido u otro, atiendan para ello a la edad y antece-

dentes del reo, naturaleza del hecho punible y circunstancias de todas clases que concu- rrieren en su ejecución.

(STC núm. 224/1992, de 14 de diciembre. R.A. 679 y 765/89 (acumuladas). «B.O.E.» de 19 de enero de 1993. Ponentes: Fernando García-Mon y González Regueral).

Artículo 457 y 458

Injurias Graves

(Ver Sentencia núm. 15/1993, de 18 de enero, sobre *Derecho a comunicar in- formación veraz*. Art. 20.1 d) y 18.1. C.E.)

V. OTRAS LEYES

LEY CONDENA CONDICIONAL DE 17 DE MARZO DE 1908

(Ver Sentencia núm. 229/1992, de 14 de diciembre *Condena condicional* — Arts. 92 y 93 C.P.).

LEY GENERAL PENITENCIARIA Y REGLAMENTO PENITENCIARIO

Artículos 26 y 27.2 de la Ley y 182 y s.s. del Reglamento

Trabajo Penitenciario y derecho a los beneficios de la seguridad social

(Ver Sentencia núm. 17/1993 de 18 de enero, sobre estas *mismas voces* — Art. 25.2 C.E.).

REGLAMENTO PENITENCIARIO

Artículos 131 b) y 132

Recurso de alzada contra acuerdo sancionador

«El artículo 131 b) del Reglamento Penitenciario, establece que contra el Acuerdo sancionador puede interponerse recurso ante el Juez de Vigilancia verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito, dentro de los tres días. En este último supuesto, el art. 132 prevé que el escrito de interposición podrá entregarlo el interno a cualquier funcionario del Establecimiento Penitenciario o directamente al Juez de Vigilancia o Funcionario de dicho Juzgado. Es claro, por tanto, que el Reglamento Peniten- ciario permite, para simplificar y facilitar el acceso al recurso, que el interno pueda recurrir las sanciones tanto por escrito como verbalmente, pero del mismo no se deduce la tesis del hoy recurrente de un derecho a recurrir verbalmente y personalmente ante el

Juez de Vigilancia, con presencia física de ése para formularle verbalmente las alegaciones una vez manifestada su voluntad de recurrir ni, desde luego, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) impone dicha interpretación del precepto reglamentario antes citado. En este sentido, la interpretación que del precepto en cuestión ha efectuado el Juzgado de Vigilancia en modo alguno puede calificarse de arbitraria o irracional, puesto que, de un lado, la interposición del recurso «verbalmente en el mismo acto de la notificación» sólo puede hacerse, como es obvio, ante el funcionario del Centro Penitenciario que realice la notificación del Acuerdo sancionador, nunca ante el Juez de Vigilancia. De otro lado, además, la presentación del recurso directamente ante el Juez sólo la prevé el Reglamento en el supuesto de que el interno haya optado por formular el recurso por escrito (art. 132.1). En consecuencia, pues, hay que concluir que, en el presente caso, no se aprecia irregularidad procesal en la tramitación del recurso ante el Juez de Vigilancia, por lo que, en principio, la queja del recurrente carece de fundamento.

En segundo término, aunque el recurrente se limitó a manifestar, al tiempo de notificársele el Acuerdo sancionador, que recurría la sanción impuesta pero sin hacer alegación alguna al respecto, tampoco es posible considerar que, debido a su error, haya sufrido indefensión con relevancia constitucional. En efecto, basta la lectura del Auto de 23 de mayo de 1989 del Juzgado de Vigilancia para comprobar, como razona el Ministerio Fiscal, que el recurrente, al interponer el recurso de reforma ante el Juez de Vigilancia, formuló las alegaciones que estimó pertinentes en relación a la sanción que la había sido impuesta y recibió puntual respuesta por parte del Juez de Vigilancia, quien confirmó, razonada y motivadamente, la sanción recurrida. Por ello no ha existido indefensión alguna para el hoy recurrente».

(STC núm. 199/92, de 19 de noviembre R.A. 1184/89. «B.O.E.» de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 87.2

Autorización judicial para entrar en domicilio

(Ver Sentencia núm. 211/92 de 30 de noviembre, sobre *Inviolabilidad del domicilio* — Art. 18 C.E.).

Artículo 267.3

Aclaración de sentencias

(Ver Sentencia núm. 22/1993, de 18 de enero, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Indefensión art. 24.1 C.F.).

BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

TORRES ROSELL, Nuria: La denuncia en el proceso penal, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, 523 págs.

Frecuentemente, para el penalista aludir a la denuncia es casi tanto como decir condición de procedibilidad, delitos semipúblicos, y poco más. El libro de la Profesora Torres Rosell, **La denuncia en el proceso penal**, recuerda, sin embargo, que el papel de la denuncia en el ordenamiento penal va mucho más allá, lo que significa reconocer ya que el tratamiento que se hace de ella es verdaderamente exhaustivo, tanto desde la perspectiva procesal como penal. Se trata, además, de un libro útil, dirigido conscientemente a la solución de problemas prácticos y en el que la elaboración teórica no constituye un simple ejercicio erudito, sino un presupuesto necesario para la solución de los problemas que plantea la interpretación y aplicación de las normas.

La primera parte del libro se centra en el estudio de la denuncia procesal penal regulada en los artículos 259 a 269 de la LECrim., comenzando, como no podía ser de otra forma, por la delimitación conceptual, tanto más necesaria cuanto que la denuncia no es precisamente una institución exclusiva del Derecho procesal. En sentido genérico se considera a la denuncia como un *acto jurídico de declaración de conocimiento y de manifestación de voluntad (receptivo, expreso y directo) referido a un hecho considerado ilícito por el declarante*. Delimitación inicial insuficiente, sin embargo, en la medida en que tales caracteres pueden predicarse tanto de la denuncia procesal penal como de la administrativa, lo que hace necesario establecer criterios diferenciales más precisos entre una y otra. Tal determinación se lleva a cabo mediante la identificación de los caracteres últimos de la función jurisdiccional, frente a los que son propios de la administrativa, entendiéndose que la nota definidora por excelencia de aquélla es que la decisión final del asunto que se inicia mediante la denuncia determina el derecho para el caso concreto con carácter irrevocable; esto es, produce efectos de *cosa juzgada*, además de que tiene por destinatario a un órgano jurisdiccional penal.

Se procede a continuación al análisis de la denuncia en el proceso penal español, en el que aparece concebida como un deber jurídico público positivo que encuentra su razón de ser en el interés del Estado en evitar la impunidad del delito y de los delincuentes y mediante el que se pretende obtener la cooperación activa de los particulares en la vi-

gilancia y control y, en su caso, en el restablecimiento del orden social perturbado, estableciendo así un adecuado equilibrio entre los principios acusatorio e inquisitivo. Especial interés tiene el análisis de las consecuencias penales que pueden derivarse del incumplimiento del deber de denuncia procesalmente establecido, que, a su juicio, solo sanciona la denuncia tardía en relación a los miembros de la policía judicial, si la retrasan más allá del plazo de 24 horas legalmente establecido, sin establecer sanción, por tanto, cuando se trate de particulares. La protección penal de tal deber considera la autora que es fragmentaria y no resulta coincidente con el deber de denuncia establecido en los artículos 259, 262 y 264 LECrim. En relación al párrafo segundo del art. 338-bis, de una parte, porque la conducta típica solo comprende a quienes presencien y no puedan impedir la comisión del delito, sin incluir el simple conocimiento de la comisión del delito previsto también en la ley procesal; de otra, porque el ámbito de actuación del precepto penal queda restringido a los delitos que enumera, sin alcanzar el contenido general que tiene la obligación de denuncia en el ordenamiento procesal. En cuanto al párrafo 3.º del art. 481. bis, porque en él solo se sanciona la omisión de denuncia antes de la comisión de delito cuando su preparación se deduce de datos objetivos (la existencia de lugares acondicionados para la detención ilegal), de manera que la fuente de la obligación de denuncia no es la adquisición de la noticia delictiva, en los términos establecidos en los artículos 259, 262 y 264 LECrim.; además de aparecer limitado a las detenciones ilegales y a quien tenga un lugar acondicionado para ello. Más amplio es en cambio, el contenido del art. 359 del Código penal, dado que el incumplimiento malicioso del deber de promover la persecución y castigo de los delincuentes no puede identificarse exclusivamente con la omisión de denuncia, sino que acoge también actuaciones distintas (atestado, parte, tanto de culpa, etc.). Coincidente con el deber procesal es, en fin, la falta del art. 576.1, que sanciona específicamente el deber de denuncia establecido por el párrafo 3.º del art. 262 LECrim. para facultativos que no dieren parte a la autoridad inmediatamente que apreciaren señales de envenenamiento.

El análisis de la denuncia como derecho y como acto procesal penal se aborda distinguiendo el plano de lo que se llama «perspectiva estática», que se ocupa del estudio de los sujetos, el objeto y la forma de la denuncia, y la «perspectiva dinámica», que trata del desenvolvimiento posterior a la presentación de la denuncia. La capacidad precisa para denunciar es la que se precisa para adquirir, valorar, retener y comunicar el conocimiento del hecho al que se refiere. Por analogía con la imputabilidad penal, se considera que la edad mínima para denunciar son los dieciséis años. Incapaces de denunciar, aunque sí pueden ser denunciadas, son las personas jurídicas, lo que no se compadece bien, como reconoce la propia autora, con la admisión, indiscutida, de la posibilidad legal de ejercitar la acción penal o civil, mostrarse parte en la causa o incluso denunciar si han sido ofendidas o perjudicadas con el hecho.

Las distintas excepciones al deber de denunciar se examinan a continuación, con el rigor y exhaustividad que preside toda la obra, considerando que mientras que son *absolutas* las relacionadas con la minoría de edad penal, la inmadurez psíquica y el parentesco, es *relativa* la que se refiere a Abogados y Procuradores (que de hecho constituye una prohibición de denuncia, como consecuencia del tratamiento dispensado al tema por los artículos 360 CP y 301 LECrim) y eclesiásticos, en el sentido de que la excepción de denuncia no puede extenderse a otras personas o profesiones. Tampoco el propio ofendido está obligado a denunciar.

De acuerdo con la LECrim., objeto de la denuncia son hechos aparente y abstractamente constitutivos de delito perseguible de oficio, aunque el párrafo 2.º del art. 338-

bis sanciona también la omisión de denuncia de delitos que son perseguibles a instancia de parte. Por lo demás, una única denuncia puede incluir supuestos de concurso real, delito continuado, delitos complejos o supuestos de habitualidad, con la única particularidad de que en el caso de concurso ideal integrado por delitos públicos y delitos semipúblicos o privados no se podrá proceder más que por el primero. La eventual concurrencia de alguna causa de inimputabilidad en el denunciado no elimina el deber de denunciar, incluso respecto de hechos cometidos por menores, sin perjuicio de las consecuencias procesales que tal circunstancia pueda provocar.

Con gran detalle se analizan las distintas hipótesis que pueden producirse en el desenvolvimiento posterior de la denuncia (efectos de la admisión y de la inadmisión, recursos, efectos suspensivos sobre otros procesos no penales, etc) siempre con una prosa rigurosa, pero fácil y clara, y planteándose y resolviendo las distintas hipótesis que pueden presentarse. De entre ellas destacaré únicamente las que guardan mayor relación con el derecho sustantivo. Para que pueda invocarse la exención de responsabilidad prevista en la circunstancia 2.^a del art. 417 bis, y frente al criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado (Consulta 4/1987), considera la autora que no basta una denuncia «admitida y tramitada», sino que es preciso que se haya presentado en un momento que permita interrumpir el embarazo dentro del plazo de doce semanas legalmente establecido y que la denuncia haya provocado la incoación de un proceso penal por delito de violación contra el denunciado; ello, tanto si la denuncia la formula la ofendida como los legitimados por el art. 443 o el Ministerio Fiscal cuando sea competente. En su caso, para que pueda procederse contra la denunciante por aborto será preciso que el proceso por violación acabe con sentencia absolutoria o sobreseimiento libre.

La denuncia admitida interrumpe el plazo de prescripción, en los términos del art. 114 del Código penal, puesto que la referencia al «procedimiento dirigido contra el culpable» no requiere que el que se pretende beneficiario de la prescripción hubiere sido desde el principio procesado y formalmente acusado, bastando para la interrupción la actuación procesal dirigida a la averiguación del delito. Otro tanto sucede con la acción civil *ex delicto*.

Excepto la atipicidad del hecho, ni las demás circunstancias de exención de la responsabilidad criminal ni la amnistía ni el indulto son causas de inadmisión de la denuncia, considerando la autora que la desestimación por apreciación de la *cosa juzgada* es «precipitada». En todo caso, la denuncia carece de eficacia probatoria, salvo que sea ratificada en juicio, con lo que se convierte realmente en una prueba testifical.

La segunda parte de la obra se ocupa de la denuncia «necesaria», referencia con la que se alude a los casos en los que la denuncia no esta concebida como deber sino como facultad reconocida al particular ofendido por el delito. Tras un exhaustivo rastreo por el ordenamiento para localizar los casos en los que la denuncia resulta preceptiva (entre los que, sin duda por una errata, se cita el art. 535 del Código penal), se procede al estudio de su naturaleza, concluyendo en que se trata de una condición de procedibilidad, de naturaleza procesal y no sustantiva. Llama la atención la autora sobre la diversidad de referencias utilizadas por el legislador para referirse al legitimado para presentar la denuncia, que unas veces aparece como *agraviado*, otras como *perjudicado* y otras como *ofendido*, ya sea mediante su *reclamación* o a su *instancia*, y de la que, sin embargo, estima, a mi juicio con buen criterio, que no cabe extraer conclusiones que vayan más allá de la simple conveniencia de que en el futuro se unifique la terminología.

La obra termina con el estudio particularizado de la denuncia en distintos ámbitos (Ley de Tribunales Tutelares de Menores, Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y Orgánica de *Habeas Corpus*, Proceso Penal Militar, etc.) y una delimitación conceptual respecto de instituciones afines (querrela, atestado policial, tanto de culpa, parte profesional, pliego de cargos, testimonio, antejuicio contra Jueces y Magistrados, licencias para proceder, autorizaciones para procesar y excitación especial del Gobierno) en la que se pone de manifiesto el vasto conocimiento que tiene la autora tanto de la regulación procesal como penal, aportando reflexiones que contribuyen a aumentar la utilidad de un estudio en el que tal vez se echen en falta algunas consideraciones sobre la conveniencia político criminal de extender o reducir el campo de actuación de la denuncia y sus relaciones con el perdón. En todo caso, la obra se convertirá en punto de referencia obligado sobre un tema, la denuncia, frecuentemente considerado de importancia *menor* dentro de los muchos que plantean el ordenamiento penal y procesal, pero cuya entidad y significación real se alcanza a ver exactamente cuando se procede a un estudio del rigor y exhaustividad como el llevado a cabo por la Dr.^a Torres Rosell.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS
Catedrático de Derecho Penal

Revista de libros

Sección coordinada por

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LACERDA DA COSTA PINTO, Federico de: «A relevância da desistência em situações de comparticipação (La relevancia del desistimiento en situaciones de participación). Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1992, 349 págs.

Este libro está dedicado al análisis del artículo 25 del Código Penal portugués, que dispone: «Si varios agentes coparticipan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impide la consumación o la verificación del resultado, o la de aquel que se esfuerza seriamente por impedir una u otra, aunque los copartícipes prosigan la ejecución del crimen o lo consumen».

Su recensión puede llamar la atención por dos motivos: por tratarse de un libro portugués y por versar sobre un problema tan específico. Sin embargo, son precisamente ambas circunstancias las que justifican este comentario. Por lo que a la primera se refiere, considero que la atención que se presta en nuestro país a la literatura penal portuguesa no es toda la que su calidad merece; esta recensión podría interpretarse como un pequeño intento de acercamiento. En segundo lugar, el que el libro verse sobre un tema muy específico: el desistimiento al la participación delictiva, no decrece el interés que pueda tener en nuestro país, sino todo lo contrario. A diferencia de algunas normativas penales extranjeras —como precisamente la portuguesa— nuestro actual Código Penal guarda silencio sobre el problema del desistimiento en la codelinuencia, no habiéndose ocupado tampoco la doctrina de su estudio. Por el contrario, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1992 introduce un precepto regulador del tema. Su artículo 18 dispone: «Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten pedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito». La similitud con el artículo 25 del Código Penal portugués es evidente.

Es por ello que he considerado interesante recensionar el libro del profesor De Lacerda. El análisis en él realizado puede ayudar a solventar el problema que, dada la ac-

tual ausencia de regulación plantean en nuestro país los supuestos de desistimiento del partícipe, además de ofrecemos puntos de referencia para una valoración de la propuesta transcrita del Proyecto, lo que puede resultar de gran interés dado el momento de reforma del Derecho penal que nuestro país atraviesa.

Al margen de esta reseñación dejamos cuestiones que poseen para nosotros un reducido interés, como por ejemplo el estado de la cuestión con anterioridad al Código Penal portugués de 1982 que incorporó el artículo analizado o las concretas razones o proceso histórico que condujo a su introducción. Mayor interés ofrecen los esfuerzos del autor desarrollados en la segunda parte del libro y dedicados al análisis del contenido del artículo y ello porque, dada la semejanza entre el artículo 25 del Código Penal portugués y el 18 del Proyecto, no es ésta sino la labor que habrá de desarrollarse en nuestro país de convertirse la propuesta legislativa en Derecho vigente. De esta segunda parte, por la trascendencia apuntada, destacaríamos dos cuestiones:

En primer lugar, el problema de la delimitación del campo de aplicación del artículo 25 respecto al artículo 24 (págs. 247 y ss.). donde se regula el desistimiento del autor, delimitación sumamente importante en la medida en que el artículo 24 consagra un régimen de desistimiento más estricto que el establecido en el artículo 25, condicionando la impunidad al impedimento de la consumación o a la evitación del resultado no comprendido en el tipo de crimen (art. 24.1) y haciendo bastar el serio esfuerzo tan sólo cuando el hecho no llega a consumarse por razones diferentes al comportamiento del que desiste (art. 24.2). También el Proyecto de 1992 establece dos regímenes diferentes de desistimiento: el del autor, más estricto por condicionar la impunidad a la evitación de la consumación y el aplicable a los supuestos de intervención de varios en el hecho, en los que se considera suficiente el intento serio y voluntario en pro de la evitación del resultado.

También de convertirse el Proyecto de 1992 en Código Penal, adquirirá gran interés el pormenorizado y documentado análisis que De Lacerda realiza sobre el significado que debe serle concedido a la cláusula de «serio esfuerzo», entendiéndolo por tal el autor «toda conducta, activa u omisiva, que entre las alternativas de tutela a disposición del agente sea, según un juicio objetivo *ex ante*, la más idónea para proteger los bienes jurídicos en peligro o aquella que, a pesar de no poseer esta cualidad, no inutiliza irreversiblemente la posibilidad de ser adoptada otra medida con más probabilidades de defensa de la víctima» (pág. 228).

A pesar de la importancia de estas cuestiones, debido al momento de reforma que atravesamos, considero más interesante centrarse en la valoración desde un punto de vista dogmático y político-criminal de la opción adoptada por el prelegislador en el Proyecto de 1992, consistente, como hemos visto, en conceder, en los supuestos de intervención de varios en el hecho (art. 18), la impunidad por el serio esfuerzo dirigido a impedir el resultado, mientras que al autor se le sigue exigiendo la evitación de la consumación (art. 17.2). Ello permite al mismo tiempo reflexionar sobre la forma más idónea de integrar la laguna legal de la que nuestro Código Penal adolece.

Son fundamentalmente tres los modelos de desistimiento en la participación defendidos por la doctrina y consagrados por algunas normativas penales:

1. El condicionar la impunidad por desistimiento a que el partícipe evite la consumación, sistema éste que De Lacerda denomina «modelo restrictivo» (págs. 82 y ss.).
2. El denominado por el autor «modelo causalista», consistente en conceder la impunidad al partícipe que anula la eficacia causal de su comportamiento, que neutraliza el riesgo creado (págs. 101 y ss.).

3. Y, por último, el consagrado en el artículo 25 del C.P. portugués y en el artículo 18 del Proyecto del 92, que como se ha visto consiste en conceder la impunidad al partícipe que se esfuerza seria y voluntariamente en pro de la evitación de la consumación aunque dicho esfuerzo sea infructuoso (págs. 239 y ss.).

Es este último el sistema que De Lacerda considera dogmática y político-criminalmente más adecuado. Sin embargo, no comparto esta opinión, por lo que, dejando patente el juicio sumamente positivo que este libro me merece, no puedo resistirme a entrar en la discusión. El mantener que debe concederse la impunidad al partícipe por el serio esfuerzo dirigido a la evitación de la consumación, supone consagrar dos regímenes diferentes de desistimiento: el que rige para el autor, el cual, tanto según el artículo 3 de nuestro Código Penal, el 18 del Proyecto y —aunque con alguna concesión— el artículo 24.2 del Código Penal portugués, debe evitar la consumación y el que se propondría para el partícipe, mucho más benigno, no estando a mi juicio justificada en modo alguno esta diferencia de trato.

A favor de conceder la impunidad al partícipe que se esfuerza seriamente en pro de la evitación de la consumación se argüyen las siguientes razones:

1. En primer lugar, afirma De Lacerda que esta tesis ofrece importantes *ventajas por lo que hace a los objetivos político-criminales de tutela de los bienes jurídicos y de protección de la víctima*, al permitir que ciertos agentes practiquen actos de defensa del bien jurídico en peligro, sin que el efecto eximente de tal comportamiento se condicione a la efectiva ausencia de consumación (págs. 239-240). Obsérvese cómo este argumento parece apelar a un posible efecto motivador de los preceptos que conceden la impunidad por desistimiento, recordando a las teorías político-criminales sobre el fundamento de la impunidad por desistimiento, actualmente abandonadas en su formulación positiva. Pero, aun admitiendo que los preceptos sobre el desistimiento, entendidos como estímulo, pueden resultar más eficaces de cara a la tutela de los bienes jurídicos haciendo bastar con el esfuerzo serio, no se ve por qué estas ideas no son aplicables también al desistimiento del autor. Este argumento no serviría, por lo tanto, para justificar la existencia del doble régimen de desistimiento que conlleva el mantener la impunidad para el partícipe por el intento en pro de la evitación de la consumación, mientras que la impunidad del autor se condiciona a la efectiva eficacia de su desistimiento.

2. De Lacerda intenta asimismo fundamentar la solución del serio esfuerzo con el argumento de que dicha fórmula *minimiza la repercusión en la responsabilidad del sujeto de aquellos riesgos que, a pesar de tener un origen casual, no rompen el nexo de imputación objetiva*, con lo que se atenuarían considerablemente los resquicios de responsabilidad objetiva aún existentes. Y como prueba de esta supuesta virtud, el autor argumenta que la solución propuesta permitiría, por ejemplo, que el cómplice en un homicidio quede impune si, para salvar a la víctima, llama rápidamente a una ambulancia y, sin embargo, ésta no llega a tiempo por sufrir un accidente cuando se dirigía al lugar de los hechos. La solución propuesta conllevaría en estos casos la impunidad, mientras que si se exigiera la evitación de la consumación o la neutralización de la aportación al cómplice del ejemplo debería responder por su participación en un homicidio consumado (págs. 240-241).

Sin embargo, este argumento no resulta del todo convincente, pues las razones esgrimidas serían también aplicables al desistimiento infructuoso del autor, por lo que no explica la diferencia de tratamiento que supondría respecto a éste el admitir que baste para la impunidad del partícipe el serio esfuerzo. Una vez que la víctima ha ingerido el veneno, las posibilidades del autor de evitar el resultado, de incidir en

el curso causal son las mismas que las del partícipe. Lo único que ambos pueden hacer es llamar a una ambulancia sin pérdida de tiempo, o trasladar al herido al hospital. Si alguna circunstancia causal, como por ejemplo un accidente de la ambulancia, que no rompe el nexo de imputación, malogra el desistimiento, no se percibe por parte alguna la razón por la cual la misma conducta —llamar a la ambulancia— debe ser valorada de distinta manera si la lleva a cabo un autor que si la realiza un partícipe. No se ve por qué realizando la misma conducta de arrepentimiento el autor ha de responder por un asesinato consumado y el partícipe ha de quedar impune. Si el hacer valer el serio esfuerzo para merecer la impunidad tuviera como función excluir la responsabilidad objetiva por el resultado —responsabilidad objetiva de la que a mi juicio no puede hablarse en este caso, pues el resultado es perfectamente imputable—, debería eliminarse dicho resquicio tanto de la responsabilidad del partícipe como de la del autor.

3. Para justificar esta diferencia de trato entre autor y partícipe De Lacerda alude a que *mientras el autor controla el curso causal*, por lo que resultaría coherente exigirle la evitación de la lesión del bien jurídico, *el partícipe carece de dicho dominio*, puesto que el desarrollo de los hechos no depende única y exclusivamente de él. El exigirle que evite la consumación supondría que los demás —con su decisión de consumir o no, o de permitir o no que el partícipe «recoja» su aportación— controlan y deciden en último extremo su responsabilidad, lo que se evitaría haciendo bastar para la impunidad con el serio esfuerzo (págs. 98, 106 y ss., 242). Pero la fuerza de este argumento puede ser también, a mi juicio, relativizada:

a) En primer lugar, no es totalmente cierto que el autor posea en todo momento un control absoluto sobre el curso causal. Cuando ha realizado todos los actos ejecutivos, cuando ha colocado las condiciones del resultado, el curso causal escapa de sus manos, disminuyendo considerablemente sus posibilidades de influir en el desarrollo de los acontecimientos. Y si esta pérdida de control no revierte en favor del autor en cuanto a los requisitos del desistimiento, no se entiende por qué una pérdida de control del partícipe sobre el desarrollo de los acontecimientos deba justificar un trato más favorable. El partícipe ha de contar con que, una vez verificada su contribución —entregado el arma, o dada la dirección—, la utilización de la misma o la influencia que tenga en los hechos no va a depender exclusivamente de su voluntad, al intervenir otros sujetos que no tienen por qué aceptar en un momento dado su decisión de desistir. Y esto es algo con lo que el partícipe debe contar, por ser consustancial al fenómeno de la participación delictiva.

b) Tampoco considero justificado el reproche que De Lacerda dirige tanto al «modelo restrictivo» como al «de la causación», por entender que suponen *un reflejo de la responsabilidad por el hecho ajeno a todas luces incompatible con el principio de culpabilidad*, en la medida en que la efectiva evitación de la consumación o la neutralización de la aportación por parte del partícipe, dependerá de la aptitud que adopta el autor y el resto de los intervinientes respecto a su desistimiento, por lo que éstos controlan en buena medida la eficacia del desistimiento del sujeto que desea apartarse del hecho (págs. 98, 106 y ss.).

Si bien es cierto que, según el «modelo restrictivo» o «de la causación», el autor controla con su decisión —consumar o no consumir, o renunciar o no a la aportación prestada— la responsabilidad del partícipe, ello no supone una vulneración del principio de personalidad de la responsabilidad, puesto que al partícipe no se le castiga sino por lo que ha hecho: contribuir con su aportación al hecho principal. Si un sujeto deja al autor

una pistola para que mate, se arrepiente e intenta recuperarla pero no lo consigue, ni tampoco consigue evitar que el autor la utilice para matar, el castigarle por una cooperación necesaria en un homicidio no supone una violación del principio de culpabilidad, en la medida en que en la consumación ha influido la aportación realizada consciente e intencionalmente por el partícipe. Ello no significa que el esfuerzo infructuoso en pro de la neutralización de la aportación o de la evitación de la consumación deba carecer de cualquier reflejo en la calificación definitiva de los hechos. Al igual que ocurre en los casos de desistimiento malogrado por parte del autor, dicho esfuerzo podrá ser tenido en cuenta mediante la aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo o, de no considerarse posible su aplicación directa, mediante su puesta en relación con la atenuante analógica del artículo 10.

Además, el que la responsabilidad del partícipe dependa de lo que decida el autor principal y de lo que haga en último extremo no es sino una consecuencia del principio de accesoriedad. Y nadie ha pretendido ver una manifestación de la responsabilidad por la actuación ajena en el hecho de que el que el partícipe no responda, responda por participación en una tentativa, o en un hecho consumado, dependa de que el autor decida no utilizar el arma prestada, lleve a cabo tan sólo parte de los actos ejecutivos o consume el delito. En estos tres casos el partícipe ha realizado exactamente lo mismo. Su responsabilidad depende de lo que haga el autor principal, pero esto no es consecuencia sino de los principios básicos que rigen la participación delictiva.

Resumiendo, hasta el momento no existe ninguna razón que justifique convincentemente la convivencia de un doble régimen de desistimiento, requiriendo para el autor la evitación de la consumación y haciendo bastar para el partícipe el esfuerzo serio y voluntario en la evitación de la lesión del bien jurídico, doble régimen establecido en el Código Penal portugués, en el Proyecto de Código Penal de 1992 y en nuestro Código Penal de entenderse que la laguna legal existente al respecto debe ser integrada condicionando la impunidad del partícipe al serio esfuerzo en pro de la evitación de la consumación.

Por otra parte, la fórmula del esfuerzo suele presentarse como el sistema más benigno de los que hemos analizado. Sin embargo, esta «generosidad» es tan sólo aparente, pudiendo resultar más riguroso que el sistema de la neutralización de la aportación.

Imaginemos que el que ha prestado la llave maestra para cometer el robo en una casa, consigue arrebatarla al autor en el momento en que éste se disponía a introducirla en la cerradura, marchándose con ella y sin querer saber nada sobre el posterior desarrollo de los hechos. No obstante, el autor no desiste en su empeño y realiza el robo forzando la puerta. Si se exige para conceder la impunidad que el sujeto realice un serio esfuerzo encaminado a la evitación de la consumación, en este caso deberíamos negar la impunidad del sujeto y afirmar el castigo —si bien no en un robo consumado, sino como partícipe en una tentativa de robo— y ello aunque el partícipe con anterioridad a la consumación ha anulado las razones que convirtieron su anterior conducta en un comportamiento punible, ha neutralizado el peligro que para el bien jurídico creó con su contribución. En este sentido, con la teoría del esfuerzo se estaría exigiendo al partícipe más de lo que se le exige al autor principal. Este debe anular el fundamento de la punición de su conducta, mientras que no basta que el partícipe realice lo propio, no basta con que neutralice su aportación, exigiéndole que se esfuerce en la evitación del resultado. Con ello se estaría incurriendo en uno de los defectos achacables al sistema que

propone la evitación de la consumación: Se estaría convirtiendo al partícipe, al exigirle que se esfuerce en evitar la consumación, en un tutor de la legalidad, en un garante de los bienes jurídicos, en un funcionario titular de la lucha contra el crimen que tiene por obligación el evitar los delitos de los demás, lo cual no creo que esté justificado.

Por lo dicho no considero como solución más idónea ni condicionar la impunidad del partícipe a la evitación voluntaria de la consumación, ni hacer bastar el serio esfuerzo. Esta última opción resulta especialmente injustificada cuando se circunscribe al desistimiento del partícipe, condicionando al mismo tiempo la impunidad del autor a la evitación de la consumación, lo que significa el rechazo de la propuesta del Proyecto de 1992. El exigir al partícipe la anulación de la contribución prestada constituye a mi entender la solución más correcta.

Esta postura —neutralización de la aportación, en el sentido de evitar que esta tenga algún reflejo en la efectiva lesión del bien jurídico— es la que De Lacerda denomina teoría de la causación y que rechaza dirigiéndole la siguiente crítica.

1. Dado que la tesis de la neutralización en muchas ocasiones conducirá a las mismas consecuencias que la exigencia de evitación de la consumación --en la medida en que a menudo no se podrá anular la aportación, sino mediante la evitación de la consumación--, a la postura aquí defendida se le dirigen gran parte de las críticas que se esgrimían contra la tesis más rigurosa. Así, De Lacerda reprocha a esta tesis que en muchos casos el autor y el resto de los partícipes van a controlar y a determinar con su decisión de consumir o no, la responsabilidad del partícipe, lo que supondría de nuevo una *responsabilidad por el hecho ajeno* (págs. 106 y ss.). Sin embargo, el carácter contundente y la capacidad de convicción de esta crítica ya fue puesta anteriormente en entredicho.

Asimismo, De Lacerda crítica que esta postura crearía distintos regímenes de desistimiento para los diferentes partícipes. Para aquellos que puedan neutralizar su aportación les bastará anularla para conseguir la impunidad, mientras que a los que no les sea posible, deberán impedir la lesión del bien jurídico, no dependiendo este diferente sistema de la gravedad de las aportaciones. Puede ocurrir que un sujeto que haya realizado una aportación no excesivamente importante no pueda neutralizarla y sí uno cuya contribución ha sido decisiva, por lo que la solución propuesta lesionaría el principio de igualdad (págs. 109-110). Sin embargo, esta crítica tampoco convence, puesto que lo que el autor haya de hacer para neutralizar su aportación no depende sino de lo que él mismo previamente ha realizado, de en qué ha consistido su intervención en los hechos. Exactamente lo mismo ocurre en supuestos de autoría. Imaginemos dos sujetos que deciden matar con veneno. El sujeto A elige un veneno con unos efectos muy rápidos y el sujeto B uno que tarda varias horas en hacer efecto. Una vez que la víctima ha ingerido la dosis letal, ambos se arrepienten, llamando rápidamente al médico. Mientras que éste no puede salvar la vida, por la rápida eficacia del veneno, en el caso del sujeto A, sí lo consigue en el caso del sujeto B. Evidentemente, la evitación de la consumación le resulta más fácil a uno o que a otro. Ambos han realizado la misma conducta de desistimiento: llamar inmediatamente al médico. El que a un sujeto le resulte más difícil desistir eficazmente que al otro no es sino consecuencia de la conducta que previamente cada uno de ellos ha realizado. El que en un caso se concede la impunidad y en otro no, no veo que tenga que lesionar el principio de igualdad.

El discrepar con el profesor De Lacerda sobre el punto concreto discutido no afecta para nada a la valoración positiva que su libro merece. Todo lo contrario. El tratarse de

un trabajo que incita a la reflexión y a la discusión ha de considerarse como un valor añadido a la seriedad y rigor con que el autor analiza el problema del desistimiento en la participación delictiva.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

MARTÍNEZ PEREDA, JOSÉ MARÍA: *Magia y delito en España, con prólogo de Julio Caro Baroja, Laida, Bilbao, 1992, págs. 275.*

Magia y delito en España es una contribución importante en el campo de las ciencias ocultas, de gran utilidad especialmente para criminólogos, psicólogos, abogados, jueces, sociólogos y estudiantes ya que ofrece una panorámica retrospectiva en la historia de un tema que ha supuesto una constante preocupación en el hombre, el conocimiento de lo esotérico, lo oculto, y que ha tratado de adivinar mediante magia, hechicerías y aquelarres. Preocupación que permanece en algunos sectores de la sociedad en las postrimerías de este siglo y cuya presencia con rasgos importantes es permanentemente tribulación para la Iglesia hasta el punto de que en estos últimos años, crónicas provenientes de Italia informan que en algunas parroquias y obispados se viene procurando mediante la práctica de exorcismos expulsar el demonio de los cuerpos de las personas poseídas por satanás.

En lo referente al concepto de magia, difícil de resumir y presentar pues sus orígenes se remontan a la prehistoria y consecuentemente su primera explicación es cuestión de la metafísica, el autor de forma hábil y documentada nos ofrece un escenario lleno de definiciones, magos, hechizos, amuletos, fetiches, alegorías, ritos curativos, liturgias, suficientes para formarnos una idea clara de lo que representa y significa esta palabra, que a muchos causa inquietud solamente escucharla.

En cuanto a la consideración magia como factor criminógeno la obra aborda esta cuestión que suscita expectación, relatando cómo personas que se consideran brujos, satanistas, magos, etc., aprovechan esta condición para llevar a cabo o propiciar con sus iniciados, escenas macabras, actos de canibalismo, orgías que degeneran en abusos sexuales, torturas, suicidios y cómo, bajo el engaño astrológico se cometen estafas, defraudaciones, supuestos de operaciones quirúrgicas, aconteciendo todo ello en las últimas décadas de este siglo y en países civilizados y modernos.

Seguidamente rastreando los antecedentes de magia y delito en la prehistoria desde el arte paleolítico, pinturas rupestres, pinturas de Cógul, apunta el autor un auténtico rito de iniciación en la magia. En la prehistoria destaca la relación con el tema de los muchos dioses y santuarios, como el de la tumba de La Alisea, las Damas de Elche y Baza, el templo de Hércules, añade todo un abanico de costumbres enraizadas en los diferentes pueblos de la península que utilizaron diferentes simbologías como la danza guerrera presidida por un enano, la habilidad de los galaicos en interpretar el vuelo de las aves, la de los vascones como agoreros, etc. Ya en la España romana el autor pone de manifiesto que en el derecho romano primitivo se castigaban las reuniones nocturnas y la hechicería y que una Ley de las XII Tablas castigó los malos encantamientos y al meléficus se le imponía la pena capital, por este antecedente siglos después al que fuera obispo de Segovia, Prisciliano convicto de maleficio se le condenó a muerte. Igualmente destaca

la distinción que hace el derecho romano sobre el fin perseguido con las actividades mágicas para declarar su licitud o su persecución y castigo, distinción que siglos más tarde se recuperará en las Siete Partidas y en la Constitutio Criminalis Carolina.

El enfoque de magia y delito en España durante la Edad Media, lo inicia en la época visigoda, destaca el autor la modalidad de hechizar las hierbas y realizar pronósticos con pájaros y estornudos, recalca los estudios de San Isidoro y analiza diversos Concilios que persiguen y castigan la magia señalando el sistema probatorio del que se sirven. En la época de la Reconquista hace un estudio pormenorizado de diferentes Fueros y Concilios que se ocupan de la magia, analizando a continuación la trilogía: magia, cabalistas y alquimistas que tienen su sede en Toledo y enlazando el concepto de alquimia con el origen del actual artículo 283 de nuestro C. penal.

Con el establecimiento de la Inquisición primero en Cataluña y Aragón y posteriormente en Castilla, el autor indaga la composición de estos tribunales, las penas que se imponían por herejía, hechicería y otras supersticiones así como el estudio de las diferentes Pragmáticas dadas al respecto. Ya en la Edad Moderna presenta un estado detallado sobre la brujería en Europa y las diferentes regiones de España, así como un estudio de las diversas bulas papales y la diferente forma de ejecutar las penas contra las brujas, en Inglaterra con la horca y en otros países de Europa con la hoguera. Sin embargo en los procesos en España contra las brujas, pone de relieve, que se caracterizan frente a otros países con la prudencia, la moderación en las causas instruidas contra hechiceras, meigas o brujas por los tribunales de la Inquisición que se mostraban escépticos y frenaban a las autoridades civiles más crédulas y proclives al castigo. Realiza un análisis de las obras escritas sobre el tema y concluye anotando que exceptuando a Alfonso de Castro y Martín del Río nuestros escritores no suelen mostrarse excesivamente crédulos en estos temas.

Se incrementa la obra con una excelente estadística de causas, condenas y absoluciones que el autor inicia en Cataluña y finaliza en Valencia que permite formarnos un juicio objetivo sobre lo que se viene considerando como un blasón ignominioso de un período de nuestra historia.

Desde el siglo de las luces hasta la codificación el autor trata del aporte de Feijóo sobre el tema, para luego precisar sobre la abolición de la tortura que se aplicaba en los procesos de magia, hechizos o pactos diabólicos. En cuanto a la Codificación ofrece una reseña detallada de cada uno de los códigos penales desde 1822 hasta la última reforma, 21 junio 1989, sobre la significación de este tema en cada uno de ellos.

Los dos últimos capítulos de esta sugerente obra, la magia criminal en el siglo XX se hace un interesante análisis sobre las dotes ingeniosas de las personas que con facilidad logran estafar, defraudar, etc., y en relación a la magia como factor criminógeno, lo que da lugar a una serie de hechos delictivos, analiza hechos reales acudiendo a la jurisprudencia y a otras fuentes solventes.

En lo tocante al último capítulo magia y delito en las proximidades del año dos mil, el autor después de observar que estas conductas han desaparecido de los textos punitivos, llama la atención, en el sentido de que esta realidad legislativa no nos debe engañar sobre el mal estado de nuestra sociedad en materia de supersticiones y a tal efecto nos ofrece como botón de muestra el resurgir de los curanderos, adivinos, echadores de cartas, el satanismo, profanación de iglesias y cementerios, maestros en exorcismos etc., prácticas que han surgido con más fuerza en las últimas

décadas, que se organizan y están presentes en las postrimerías de este siglo y lo estarán a comienzos del venidero.

RAFAEL ACOSTA

Profesor Titular de Derecho Penal

ROXIN, Claus: «Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal». Traducción: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hor-mazábal Malarée, Ed. PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias), Barcelona, 1992. 143 págs.

Bajo el título «Política criminal y estructura del delito» se reúnen un total de cinco conferencias pronunciadas por el Profesor Claus Roxin en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona en mayo de 1989. Ninguna de ellas está dedicada al análisis pormenorizado de temas concretos; más bien al contrario, y quizá por haber sido concebidas como conferencias, el autor se limita al planteamiento de problemas, a su análisis a grandes trazos y al esbozo de propuestas y soluciones. Ello no empece sin embargo el valor del libro. Muy al contrario, el versar sobre temas de lo más diversos y la preferencia del planteamiento genérico sobre la particularización y el detalle, permite al lector apreciar sin ningún esfuerzo las características de la actual corriente de la ciencia jurídico-penal que se ha dado en llamar funcionalismo o pensamiento teleológico, cuyo impulsor y uno de sus máximos exponentes es precisamente Claus Roxin, así como el desenvolvimiento y aplicación de dicha tendencia a distintos problemas de naturaleza bien diversa.

Metodológicamente la corriente funcionalista se caracteriza por rechazar la forma de proceder axiomáticodeductiva basada en verdades ontológicas propia del finalismo, propugnando la renormativización de la teoría jurídica del delito y tomando para ello como idea rectora los fines del Derecho penal. Esta tendencia puede explicarse además como un intento de superar las críticas dirigidas a la dogmática. A saber: una desproporción entre el esfuerzo desarrollado y el rendimiento práctico y, por otro lugar, el habersele atribuido a la ciencia jurídico-penal la misión de elaborar un sistema cerrado en sí mismo, conceptualmente perfecto donde difícilmente encontraban un lugar consideraciones político-criminales, lo que en muchas ocasiones suponía que la solución acorde con el sistema no fuera la más justa. En resumen: un alejamiento de la ciencia jurídico-penal de la realidad e imposibilidad, debido a razones metodológicas, de acercamiento.

I.— Precisamente en el segundo artículo de esta compilación: «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del Derecho penal» ROXIN realiza una defensa del papel de la dogmática mediante un intento de superación de las críticas mencionadas.

ROXIN, respondiendo a la situación descrita, entiende que la alternativa: teoría general del delito que garantice una jurisprudencia imparcial y la obtención de soluciones justas y correctas desde un punto de vista político-criminal no es tal. No resulta necesario renunciar a uno de los términos de esta falsa alternativa para salvaguardar el otro, sino que ambos son reconciliables. ¿Cómo? Tomando como punto de referencia consideraciones político-criminales en la elaboración del sistema y de los conceptos con

los que trabaja, dotando dichas directrices, al mismo tiempo, al sistema de conexión intrasistemática. Como bien es sabido este intento se retrotrae a su estudio programático «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem». Obsérvese la distancia existente entre estas ideas y la famosa frase de von LISTZ pronunciada hace casi cien años: «El Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la Política criminal».

La idea político-criminal rectora a la que ROXIN le encomienda la mencionada labor es la función preventiva de la pena en su doble función: preventivo-especial y preventivo general, entendida esta última en su vertiente integradora, es decir, con la misión de «restaurar la paz jurídica, en cuanto dé al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves» (pág. 47). En este contexto la culpabilidad no puede ser entendida al servicio de la retribución, sino como límite a las necesidades preventivas: «los fines preventivos del derecho penal sólo pueden ser perseguidos en el marco de lo adecuado a la culpabilidad: pero también la culpabilidad del autor sólo justifica un castigo en cuanto sea preventivamente necesario» (pág. 48).

Para probar la capacidad de rendimiento de la idea rectora propuesta, ROXIN la aplica a varias cuestiones polémicas.

Desde la perspectiva político-criminal explicitada, ROXIN intenta fundamentar la pertenencia del resultado al injusto penal, puesto que «la perturbación de la paz jurídica general, que hace necesaria la intervención del derecho penal por razones preventivo-generales, no descansa exclusivamente en la acción fallida del autor, sino más bien en el resultado producido» (pág. 50), de tal manera que en los delitos imprudentes, al no producirse la efectiva lesión del bien jurídico la conducta no tiene por qué ser castigada. El propugnar el castigo de toda conducta culpable a pesar de la innecesariedad preventiva del mismo supondría un retorno a la retribución. La punición de los delitos de peligro y de la imprudencia sin resultado sólo se justificaría cuando «conmocionaran tan fuertemente el sentido de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social sólo puede suprimirse a través de la pena» (pág. 51).

También la orientación político-criminal de la dogmática ha posibilitado, a juicio del autor, la sustitución del dogma causal por la necesidad de imputación objetiva del resultado.

En el ámbito de las causas de justificación ROXIN trata de demostrar la aplicabilidad de la idea preventivo-general, fundamentando a partir de ella una cierta proporcionalidad en la legítima defensa entre el daño que amenaza y el producido, proporcionalidad que no puede extraerse del tenor literal del § 52 del Código penal alemán. Dado que, según el autor, la legítima defensa, además de un principio de protección, se fundamenta en el principio de mantenimiento del Derecho, en ella se puede ver un pretendido efecto preventivo, es decir, que «el agresor corra un riesgo considerable y que el derecho se imponga a los ojos de la generalidad frente al injusto» (pág. 55). A partir de esta idea deduce ROXIN que, como en los delitos bagatela la necesidad de prevención general es mínima, el principio de mantenimiento del derecho ha de limitarse al marco de la proporcionalidad. Desde esta perspectiva, es decir, la mermada necesidad de prevención general integradora, se explicarían las limitaciones a la legítima defensa frente al ataque de inimputables.

Pero es fundamentalmente en la culpabilidad donde el planteamiento teleológico descrito ha encontrado hasta el momento un mayor desarrollo. Como es sabido, ROXIN prefiere denominar a esta tercera categoría «responsabilidad», integrada por dos presupuestos: la culpabilidad y la necesidad de prevención general, de tal manera que «a un

autor sólo se le puede hacer responder personalmente por el injusto por él realizado cuando en primer lugar es culpable y en segundo lugar también razones preventivas hacen inevitable el castigo» (pág. 58). Mediante la ausencia de este segundo presupuesto se explicaría los requisitos a los que el Código penal alemán subordina la renuncia a la pena en los supuestos de estado de necesidad exculpante y de exceso en la legítima defensa.

Pero, si es la prevención la idea rectora que inspira la construcción del sistema, ¿cómo diferenciar entre sí las tres categorías que la integran: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad? Intentando dar respuesta a este interrogante finaliza ROXIN el artículo. Para este autor la idea rectora inspiradora de las tres categorías es la misma, diferenciándose en el grado de concreción del hecho que en cada categoría se valora. Mientras que en la tipicidad se contempla el hecho desde el punto de vista del merecimiento de pena en abstracto, en el ámbito de la antijuridicidad se enjuicia como expresión de un conflicto social concreto, mientras que en la categoría «responsabilidad» la valoración va referida al autor. Sería precisamente la unidad del parámetro valorativo lo que dotaría de conexión sistemática a las mencionadas categorías.

Antes de continuar con la recensión del libro, permítaseme un breve comentario de las ideas expuestas. El gran mérito de ROXIN reside, a mi juicio, en haber puesto de manifiesto que el acercamiento del Derecho penal a la realidad y a sus necesidades, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica, sólo es posible mediante la construcción del sistema a partir de unas directrices político-criminales. Si la integración de la Política criminal en la ciencia jurídico-penal se limitase a la adopción, ante un problema concreto, de la solución más justa desde esta perspectiva dentro de las varias posibilidades interpretativas que normalmente ofrece un precepto, dicha elección dependería exclusivamente de la ideología o valoración personal del intérprete o aplicador de la ley, lo que conduciría al acaso y a la arbitrariedad. Es por ello que la solución del caso concreto debe ser consecuencia de la aplicación de unas ideas directrices incardinadas de manera coherente en el sistema, que a la vez inspiren la solución concreta y permitan su fundamentación así como el control de su corrección, en el sentido de que en su obtención han debido observarse las reglas de la deducción racional y de la argumentación jurídica. Hasta aquí la labor y planteamiento del Prof. ROXIN resulta a todas luces plausibles. Lo que a mi juicio genera bastantes dudas es que la idea directriz por él propuesta: la prevención general en su vertiente integradora pueda desempeñar el papel de inspirar la construcción del sistema y servir de instancia de control de la corrección de las soluciones concretas, permitiendo con ello que la labor dogmática conserve el calificativo de ciencia. Este escepticismo no es debido en primera instancia a que resulte dudoso que la prevención general positiva permita fundamentar y legitimar satisfactoriamente la pena, sino fundamentalmente a la ductilidad de los argumentos o afirmaciones que utiliza. Ideas como la de que la conmoción que un hecho produce en el sentimiento de seguridad jurídica, la perturbación social que provoca o si la imposición de una pena es necesaria o no para la pacificación de la conciencia social, son tan maleables que permiten fundamentar cualquier solución: la previamente adoptada, dependiendo en último extremo de lo susceptible que sea la conciencia jurídica del que decide la cuestión. Es por ello fundamentalmente que no creo que deba ser ésta la idea rectora que inspire la construcción del sistema, pues difícilmente permite el control de la corrección de las soluciones concretas adoptadas y sin dicha posibilidad de control resulta imposible garantizar la irrenunciable seguridad jurídica cuya consecución es el principal cometido del sistema.

II.— En el artículo que abre esta compilación: «Los últimos desarrollos de la política criminal», el Prof. ROXIN se pronuncia sobre dos posibles estrategias o instrumentos en la lucha contra el delito: la resocialización y la reparación.

Por lo que a la primera cuestión se refiere, ROXIN recoge los seis argumentos fundamentales determinantes del fin de la «euforia» del pensamiento resocializador y del declive del protagonismo detentado en la explicación y legitimación de la pena. Mediante la contracrítica y relativización de estos argumentos intenta rescatar la idea de resocialización, no con el fin de devolverle el protagonismo perdido, sino para reservarle una función irrenunciable dentro de unas coordenadas realistas, a aplicar dentro de las fronteras de la culpabilidad y con respeto absoluto a la libre determinación y sin olvidar que «un derecho penal del tratamiento sólo puede comprender una pequeña parte de la criminalidad, en tanto que para la masa de los autores no es adecuada, bien sea porque sus hechos no son suficientemente graves o bien porque no están necesitados de ayudas terapéuticas o son rehusadas» (págs. 28-29)

En la segunda parte de este artículo ROXIN defiende el rendimiento político-criminal de la reparación. Esta es propugnada como una sanción penal autónoma y alternativa a la pena privativa de libertad, a diferencia de la responsabilidad civil regulada en nuestro Código penal, que no está enfocada a evitar el delito, sino a determinar, una vez que se ha producido, a quiénes corresponde y en qué medida la asunción del daño causado. Por el contrario, la reparación de la que habla ROXIN sería un instrumento penal en la lucha contra el delito entre cuyas ventajas contaría el servir al restablecimiento de la paz jurídica, su eficacia resocializadora y el propiciar la reconciliación entre el autor y la víctima. Se trataría de un instrumento idóneo para los casos de pequeña y mediana criminalidad, para los supuestos de tentativa y de lesión de bienes jurídicos indeterminados. Incluso cuando no se pudiera renunciar a la pena la reparación serviría para mitigar su gravedad. Para evitar posibles injusticias derivadas de la falta de capacidad económica del autor, ROXIN señala como posible vía una reparación «simbólica» o un trabajo voluntario de utilidad pública.

III.— Bajo el título «Cuestiones básicas de la teoría del injusto» ROXIN hace referencia a cuatro temas polémicos especialmente actuales que se plantean en el ámbito del injusto. El primero es el de los efectos que para el injusto posee una corresponsabilidad de la víctima en los hechos, rechazando la absolutización y generalización de los planteamientos victimológicos fundamentados en la idea de «que cuando es posible y exigible una protección propia y efectiva no se da por parte del autor una lesión del bien jurídico suficientemente peligrosa no es merecedora de protección» o en el principio de subsidiariedad del Derecho penal. Ello no significa negar todo juego al planteamiento victimológico. Muy al contrario, será un punto de vista a tener en cuenta pero interpretado y ponderado conjuntamente con otros principios y con los intereses específicos de protección que entran en juego en el caso concreto. Reconducida la importancia del planteamiento victimológico a sus justos términos, es de reconocer que en determinados casos será un factor determinante de la exclusión del injusto, mientras que en otros supondrá una disminución del mismo, lo que ha de tener un reflejo en la medición de la pena.

También puede caracterizarse de «intermedia» la postura mantenida por el autor sobre la existencia de un «ámbito indiferente al derecho». El negar por principio esta posibilidad supondría partir de un derecho omnicompreensivo no conforme con un modelo de democracia parlamentaria en el cual la libertad del individuo es originaria. «Pero al mismo tiempo no es de aplaudir la construcción de un ámbito indiferente al derecho en el ámbito del injusto. Pues cuando un comportamiento es

valorado como típico, está presente una lesión al bien jurídico, con lo cual el derecho no puede contener una valoración conforme a la cual «sus normas se retiran» en determinados casos» (pág. 75).

Por lo que a las causas de justificación se refiere, ROXIN niega la posibilidad de lograr una sistematización cerrada y definitiva de las mismas, pues éstas, al intentar ofrecer la correcta regulación social de intereses en colisión, poseen unos límites y contenido cambiantes al ritmo de las transformaciones sociales. Por ello las llamadas teorías monistas que intentan reconducir todas las causas de justificación a un principio único son necesariamente abstractas y los principios que proponen estériles de cara a la deducción de resultados concretos. Plantea también ROXIN, mediante múltiples ejemplos, la necesidad de una investigación pormenorizada del tema de la concurrencia de causas de justificación.

IV.— Bajo el título «Sobre la culpa en el Derecho penal» ROXIN se ocupa brevemente de algunos aspectos de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. Esta, desde una perspectiva histórica supone la contrapartida a la situación existente bajo el denominado «imperio del dogma causal»: la tipicidad de los delitos de resultado se agotaba en la relación de causalidad, a decidir según la teoría de la equivalencia de condiciones. Consecuentemente con el planteamiento teleológico o funcional impulsado por ROXIN se rechaza de forma tajante que la relación de causalidad pudiera decidir por sí misma cuándo un acontecimiento, ya desde un punto de vista objetivo, es o no relevante para el Derecho penal, emprendiendo la labor de definir el nexo entre acción y resultado sobre criterios eminentemente normativos. Y es precisamente ROXIN uno de los pioneros en esta labor. Retomando el intento de Honig de centrar el acento del juicio de imputación en la faceta objetiva del suceso, ROXIN ya en 1970 sienta las bases de la actual doctrina de la imputación objetiva, reconduciendo el criterio empleado por HONIG de la «posibilidad de dominio a través de la voluntad humana» al principio de «creación de un riesgo no permitido», expresión que prefiere a la de lesión del deber de cuidado, pues ésta locución «despierta la impresión como que el delito de comisión culposa consiste en la omisión del cuidado debido, lo que está cerca de la inversión falsa en un delito de omisión» (pág. 92).

En este artículo ROXIN pasa revista a grandes trazos a algunos de los criterios a tener en cuenta en la determinación de la responsabilidad por imprudencia en el ámbito de la tipicidad, o lo que para el autor es lo mismo, de la imputación objetiva del resultado, pues «el tipo de los delitos culposos en cuanto no contiene una descripción adicional del comportamiento, se cumple exclusivamente por la teoría de la imputación objetiva: un resultado que es imputado objetivamente al tipo, está causado culposamente, sin que se requieran otros criterios para ello» (pág. 91).

Basta ver la naturaleza de los criterios a los ROXIN pasa breve revista —el papel a atribuir a las normas jurídicas así como a las «regulaciones» generadas por determinadas asociaciones de intereses a la hora de decidir si se ha creado un riesgo relevante a efectos de imputación del resultado típico, el principio de confianza y sus posibles ámbitos de aplicación, el modelo del hombre cuidadoso y prudente que pertenece al círculo de relaciones del autor en la situación concreta, etc.— para percatarse de una de las características que definen el método y sistema propuesto por ROXIN: la renormativación de la teoría jurídica del delito, que ha quedado especialmente expresada en el tratamiento que este autor y sus seguidores realizan del problema de la imputación objetiva del resultado.

V.— A pesar de que la responsabilidad del autor por su comportamiento dependa, según ROXIN, de la necesidad preventiva de la pena, la culpabilidad continúa siendo un presupuesto ineludible para el castigo. El último artículo de esta compilación está precisamente dedicado al contenido del concepto de culpabilidad, pues del contenido que se le atribuya dependerá el que de hecho pueda desempeñar la función de límite al poder penal del Estado. ROXIN pasa suscita pero crítica revista a las más relevantes concepciones actuales al respecto —la culpabilidad como «poder actuar de otro modo», como «ánimo desaprobado jurídicamente», como «asignación de necesidades preventivo-generales», así como a la opinión que declara inservible dicho concepto—, para pronunciarse a favor de configurar dicha categoría como «actuar injusto a pesar de la abordabilidad normativa. Entre las ventajas de esta concepción destaca ROXIN la de basarse en un dato empírico normativo que no presupone el libre albedrío, capaz además de limitar el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente, puesto que la impunidad de una persona inmotivable por la norma no frustra ninguna expectativa social, ni produce una conmoción en la comunidad, asegurando con ello la función protectora liberal que el principio de culpabilidad ha de desempeñar en un Estado de Derecho.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

SUAY HERNÁNDEZ Celia: «LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LOS DELITOS Y FALTAS DE DAÑOS». Edt. P.P.U. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.). Colección Derecho y Estado. 1.^a Edición. Barcelona 1991. 175 págs.

El objeto de estudio del presente libro es el de los elementos de los delitos y faltas de daños, pero entendidos éstos no en su sentido estricto de las conductas recreadas bajo esa rúbrica en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II del Código Penal, sino más ampliamente aquellos que muestran en común la previsión de un resultado de daños, aunque con tal no se atente sólo a la propiedad privada, como bien jurídico microsocial, sino también a los referidos a bienes jurídicos macrosociales.

La intención es llevar a cabo una sistematización de la dispersión que se produce en su tipificación legal, proponiendo su regulación en función de los bienes jurídicos a proteger —micro y macrosociales— o al menos, como reconoce la propia autora, «poner en claro las semejanzas y diferencias que hay entre ellos» (pág. 13).

El plan sistemático desarrollado por la autora se descompone en tres capítulos dedicados respectivamente al estudio de este tipo de delitos en el Código Penal español (Cap. I); en el Código Penal de la República Federal Alemana —hoy Alemania unificada— (Cap. II); para concluir en un Cap. III con una toma de posición personal sobre el tema.

En el capítulo dedicado al análisis de la regulación española sobre el tema se realiza, de una manera expositiva y didáctica, un recorrido a lo largo de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los diferentes elementos que concurren en los tipos de daños, lo que le permite, de una forma breve y sistemática, exponer la situación actual de la regulación legal en nuestro Ordenamiento.

En lo referente a la exposición de la situación en la legislación alemana se vuelven a reproducir dichos planteamientos, si bien, esta vez, cabe destacar el detenido y exhaus-

tivo examen de la problemática que en torno a la conducta típica de esta norma penal se ha producido y se está produciendo en la doctrina y jurisprudencia alemanas. Aunque hubiera sido interesante ante tal ingente esfuerzo de recopilación de información, un análisis jurídico y político-criminal de los resultados a los que cada uno de estos elementos básicos conduce y, sobre todo, de sus posibilidades de extrapolación a la dogmática hispana.

Tras el planteamiento de *lege data* de la sistemática y elementos de este delito en las dos legislaciones referidas se va a pasar en el Cap. III, a forma de «Posición personal» —tal como la autora lo titula—, a diferentes reflexiones de *lege ferenda* sobre lo que podría ser la nueva sistematización de estos delitos, en virtud de la diferenciación de bienes jurídicos a proteger, por ello su esfuerzo va a dirigirse a la búsqueda de ese concreto bien jurídico enmarcándolo en el ordenamiento constitucional que le sirve de referencia.

En este capítulo, el de mayor interés del libro, se reflexiona sobre el concepto de propiedad como bien jurídico protegido en los tipos de daños microsociales, al ponerlo en relación con la declaración constitucional del Art. 33, en virtud de la cual la propiedad asume una función social, que exigiría reformular cuales son las facultades dominicales que se confieren al propietario, para armonizarlas con su función social.

Esto sitúa la propiedad ante un concepto superador de la caracterización liberal y que afectará a la diferente protección penal dispensada de acuerdo a que, lo que se dañe, sean las facultades del propietario o la satisfacción de ciertos intereses públicos a través de la utilidad que dichos bienes proporcionan.

Todo ello permite a la autora diferenciar tres clases de utilidades de los objetos protegidos penalmente: a) La particular: que sería la de los bienes exclusivamente al servicio de su titular. b) La pública: de los bienes al servicio de la comunidad general. Y c) La social: para los bienes al servicio de procesos socio-económicos que satisfagan necesidades sociales (págs. 141 y 142). El primero constituiría los daños referidos a relaciones microsociales y los segundos, de difícil delimitación, a relaciones macrosociales. En éstos se protegería su utilidad público-social con lo que su lesión se produce con la privación de uso o la frustración de esa utilidad jurídicamente determinada. En las microsociales las facultades de disfrute del propietario, con lo que su afectación se produce con el perjuicio de las facultades del titular para usar la cosa de acuerdo con la función que se le había asignado.

Finaliza la autora con unas interesantes consideraciones en torno a los criterios de delimitación entre los daños penalmente relevantes —limitación entre las faltas de daños y en su caso un ilícito civil— concretados en el principio de mínima lesividad que haga real el carácter fragmentario y de última *ratio* del Derecho Penal.

El estudio podría haber sido complementado, de acuerdo con el título que se le ha asignado, con un estudio en mayor profundidad, y no meramente referente, de lo que podemos entender como problema estadística y socialmente más interesante referido a los delitos y faltas de daños, como son las faltas de daños imprudentes y, sobre todo, las referidas a las causadas en el marco del tráfico viario (Art. 600 C.P.). Artículo que, redactado conforme a la L.O. 3/89, de 21 de junio, introduce, por motivos declarados de buen funcionamiento de la Administración de Justicia, un elemento en los mismos que exige para ser considerado como falta que el resultado dañoso fuera superior a la cuantía del Seguro Obligatorio. Requisito, éste, que puede abrir nuevas expectativas para reformular cual ha de ser la función asignada en los hechos delictivos imprudentes (tanto faltas como delitos) al resultado. Al margen de la problemática, también abierta, en las

relaciones y límites entre la antijuridicidad penal (faltas imprudentes de daños que se puedan subsumir en el citado artículo 600 C.P.) y la antijuridicidad civil (resultados dañosos culposos que residualmente constituirían una responsabilidad extracontractual del Art. 1902 del C. Cv.).

En resumen, estamos ante un estudio con dos partes muy diferenciadas, con dos primeros capítulos de recorrido meramente descriptivo por los elementos del delito de daños en dos legislaciones diferentes a modo de sucesión de opiniones diversas, y un tercer capítulo de elaboración mucho mas crítica e interesante donde se aportan criterios político-criminales y propuestas de *lege ferenda* de un indudable valor en los tiempos de reforma que se avecinan (?), y que pueden introducir una cierta sistemática y racionalidad, de la que no estan sobrados, en la regulación de estos tipos penales concretos.

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS
Departamento de Derecho Penal U.C.M.

NOTICIARIO

Centro Internacional de Investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, en San Sebastián (España)

El pasado día 17 de febrero 1993, se firmó un Convenio entre la Universidad del País Vasco y la Sociedad Internacional de Criminología, por el que se crea, en el seno del Instituto Vasco de Criminología, el «**Centro Internacional de investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales**».

El Rector de la Universidad del País Vasco, Excmo. Sr. D. Juan José Goiriena de Gandarias, y el Secretario General de la Sociedad Internacional de Criminología, Prof. Dr. D. Georges Picca, procedieron a la firma del citado Convenio.

Entre las finalidades de este nuevo Centro, que desarrollará sus actividades en estrecha colaboración con la Sociedad Internacional de Criminología, a semejanza del Instituto Internacional de Criminología Comparada en Montreal (Canadá) y del Instituto Internacional de Criminología Clínica en Génova (Italia), merece destacarse la intensificación de las relaciones internacionales para fomentar toda clase de investigaciones en el campo de la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, subrayando la importancia de la *dimensión sociológica*. Asimismo favorecerá la formación de jóvenes académicos y el intercambio de los estudios correspondientes a sus fines. Uno de sus objetivos es la investigación multidisciplinar para el logro de un más justo y pacífico desarrollo económico, social y cultural de los individuos y de los pueblos.

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVI

FASCICULO I

| | <u>Págs.</u> |
|--|--------------|
| SECCION DOCTRINAL | |
| <i>El finalismo, hoy</i> , por José Cerezo Mir | 5 |
| <i>La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña | 21 |
| <i>La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana</i> , por Winfried Hassemer | 35 |
| <i>El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin</i> , por Adela Asua Batarrita | 81 |
| <i>La Ley Orgánica 4/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales</i> , por Bartolomé Vargas Cabrera | 167 |
| <i>De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña</i> , por José Adelantado Gimeno | 199 |
| CRONICAS EXTRANJERAS | |
| Apéndice: <i>Texto en español de la Parte General del C.P.M.</i> , por Ernesto Chiesa Aponte y Jaime E. Granados Peña | 223 |
| <i>Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente</i> , por Günter Heine | 289 |
| <i>Límites al Control general de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)</i> , por Félix Herzog | 317 |
| SECCION LEGISLATIVA | |
| <i>Disposiciones</i> | 329 |
| CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO | |
| | 411 |
| SECCION DE JURISPRUDENCIA | |
| <i>Jurisprudencia Constitucional, publicada en diciembre de 1992 y enero-febrero de 1993 y con aplicación en materia penal</i> , por Antonio González-Cuellar García | 487 |
| BIBLIOGRAFIA | |
| <i>Revista de libros</i> | 509 |
| <i>Revista de libros coordinada por Margarita Martínez Escamilla y José Miguel Sánchez Tomás</i> | 513 |
| NOTICIARIO | |
| <i>Centro Internacional de Investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, en San Sebastián (España)</i> | 529 |

INDICE

| | <i>Págs.</i> |
|--|--------------|
| SECCION DOCTRINAL | |
| <i>El finalismo, hoy</i> , por José Cerezo Mir | 5 |
| <i>La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña | 21 |
| <i>La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana</i> , por Winfried Hassemer | 35 |
| <i>El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin</i> , por Adela Asua Batarrita | 81 |
| <i>La Ley Orgánica 4/92 sobre competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores: estudio de sus normas sustantivas y procesales</i> , por Bartolomé Vargas Cabrera | 167 |
| <i>De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña</i> , por José Adelantado Gimeno | 199 |
| CRONICAS EXTRANJERAS | |
| Apéndice: <i>Texto en español de la Parte General del C.P.M.</i> , por Ernesto Chiesa Aponte y Jaime E. Granados Peña | 223 |
| <i>Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente</i> , por Günter Heine | 289 |
| <i>Límites al Control general de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho Penal en peligro)</i> , por Félix Herzog | 317 |
| SECCION LEGISLATIVA | |
| <i>Disposiciones</i> | 329 |
| CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO | 411 |
| SECCION DE JURISPRUDENCIA | |
| <i>Jurisprudencia Constitucional, publicada en diciembre de 1992 y enero-febrero de 1993 y con aplicación en materia penal</i> , por Antonio González-Cuellar García | 487 |
| BIBLIOGRAFIA | |
| <i>Revista de libros</i> | 509 |
| <i>Revista de libros coordinada por Margarita Martínez Escamilla y José Miguel Sánchez Tomás</i> | 513 |
| NOTICARIO | |
| <i>Centro Internacional de Investigación sobre la delincuencia, la marginalidad y las relaciones sociales, en San Sebastián (España)</i> | 529 |

