

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVI
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMXCI

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.³

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 Emérito 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-PUNPIDO FERREIRO

Ex-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 Palma de Mallorca

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 Jubilado 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 Emérito 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 II



MAYO-AGOSTO
MCMXCI

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 II)
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.
Teléfono 6 10 90 06 MADRID

SECCIÓN DOCTRINAL

Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Prof.^a Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Entre el terrorismo subversivo y el terrorismo de Estado. III.- El elemento teleológico en el concepto de terrorismo: significado y alcance de la finalidad política. IV.- El elemento estructural en el concepto de terrorismo: la banda armada o asociación terrorista. V.- Observación final.

I. INTRODUCCIÓN

Por regla general, quienes nos hemos ocupado del estudio de la legislación antiterrorista manifestamos una especial preocupación por intentar fijar el concepto legal de terrorismo. Ciertamente, no es ésta una tarea fácil; como ya señalaba en un trabajo anterior (1), nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario. Consciente, pues, de las dificultades de obtener un concepto dogmático con validez universal sí cabía pensar, al menos, en la más modesta empresa de hallar una noción útil y operativa para la reflexión jurídica, una noción que nos permitiera determinar, con el máximo rigor posible, a quiénes y en

(1) Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», Madrid, 1985, especialmente Capítulo 1.^º «Sobre el uso de la expresión terrorismo», p. 31 y ss.

qué circunstancias cabe aplicar la llamada legislación antiterrorista; una legislación que, quizás por esa falta, intencionada o no, de precisión sobre su objeto, suele experimentar una desmedida «vis expansiva» que contradice su carácter de norma excepcional (2).

Pues bien, aunque la evolución normativa en esta materia se ha venido caracterizando no ya sólo por la ausencia de una definición legal expresa sino incluso por una constante ambigüedad y vacilación (3), lo cierto es que, siguiendo una línea iniciada a partir del llamado período de transición democrática, puede decirse que la noción de terrorismo que ofrece nuestra legislación vigente gira en torno a la existencia de dos elementos, estructural y teleológico, que son la organización armada y el fin o resultado político (4). Violencia política organizada vendría a ser hoy sinónimo de delincuencia terrorista y, en este sentido, se ha venido pronunciando últimamente tanto la doctrina como la juris-

(2) La legislación antiterrorista, tanto procesal como sustantiva, se ha presentado en ocasiones como un Derecho excepcional vinculado a las situaciones anómalas en la vida del Estado. A mi juicio, hoy no es excepcional en ese sentido, pues, aunque el art. 55.2.^º de la Constitución se inscriba en el Capítulo «de la suspensión de los derechos y libertades», que es lógicamente excepcional, las medidas allí previstas, aunque debieran tener este carácter, aparecen por completo integradas en nuestro sistema como algo normal y permanente; y lo mismo cabe decir de las leyes penales. Por tanto, el calificativo de excepcional tiene aquí un sentido distinto y pretende subrayar que la llamada legislación antiterrorista se aparta de los principios generales del ordenamiento punitivo al dispensar un tratamiento diferente, en la mayoría de los casos agravatorio, a determinadas conductas delictivas cuando en ellas aparece el elemento terrorista.

(3) Excepción hecha del período en que nuestra legislación penal tipifica expresamente una figura de terrorismo definido en función de la finalidad de «atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público» (arts. 260 y ss. y, posteriormente, Anexos 1, 2 y 3 del Código Penal), las disposiciones siguientes aludirán a la comisión de delitos comunes por grupos o bandas organizadas y armadas, desapareciendo incluso de su terminología el «nomen iuris» terrorismo, expresión que es nuevamente recogida en el art. 55.2.^º de la Constitución y en sus leyes de desarrollo (así L.O. 11/1980, de 1 de diciembre; L.O. 9/1984, de 26 de diciembre y las actualmente vigentes L.O. 3 y 4/1988, de 25 de mayo). Véase «Tratamiento jurídico del Terrorismo», citado, p. 97 y ss. y 158 y ss. así como «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», en ADPCP, Tomo XLII, Fasc. III, sept-dicbre 1989.

(4) Según la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de diciembre de 1987, la legislación antiterrorista es de aplicación a las «formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho», es decir, es aplicable no sólo a los integrantes de organizaciones cuya finalidad es la de alterar el orden constitucional sino también a los de aquellas asociaciones comunes que, sin propósito directo, ponen en peligro ese mismo bien jurídico. Véase mi trabajo, anteriormente citado, «La última recepción de la normativa antiterrorista...», p. 959 y ss.

prudencia, incluido el mismo Tribunal Constitucional (5). La noción obtenida nos permite así deslindar esta figura de otras conductas delictivas e incluso de manifestaciones o hechos que deben ser irrelevantes para el Derecho penal; deslindarla, en primer lugar, de la violencia organizada que no persigue fines o no alcanza resultados políticos, es decir, de las asociaciones ilícitas comunes; deslindarla, asimismo, de aquellas conductas de indubitable finalidad política que utilizan una violencia espontánea o no organizada, y que constituyen un ejercicio extralimitado de derechos fundamentales, con mayor o menor trascendencia penal; y deslindarla, en fin, de la simple disidencia política, esto es, de aquellas manifestaciones que incluso pueden situarse al margen de las reglas institucionales de participación, pero que no comportan ninguna reacción penal, generalmente por su carácter pacífico.

Sin embargo, una sentencia de la Audiencia Nacional, la dictada en el conocido proceso contra los funcionarios de policía José Amedo y Michel Domínguez, ha venido de nuevo a abrir la polémica sobre el concepto de terrorismo; pero eso sí, ésta vez no para discutir de nuevo la eterna cuestión de si la finalidad o el resultado político son o no elementos característicos de este tipo de delincuencia, sino para sostener que esa finalidad o resultado político, que integra sin duda la noción de terrorismo, debe concretarse en la alteración del orden constitucional entendida únicamente como cambio o modificación del mismo. Desde esta perspectiva, la actividad delictiva de Amedo y Domínguez no debe entenderse, declara la sentencia, como un delito de asociación terrorista sino de mera asociación ilícita común por cuanto la finalidad perseguida por dichos funcionarios no es la de oponerse al sistema constitucional sino, antes al contrario, «defender la estabilidad» del mismo aunque ello se realice «por medios jurídicamente repudiables» (6).

En síntesis, dicha sentencia viene a señalar que sólo cuando el terrorismo tiene carácter subversivo y pretende por tanto cambiar o mo-

(5) Véase, en entre otros, ARROYO, L., «Terrorismo y sistema penal», en «Reforma política y Derecho», Madrid 1985, p. 162 y ss.; BERDUGO, I., «Garantías en la Constitución ante la suspensión de Derechos Fundamentales», en *Sistema*, n.º 42, p. 73; MESTRE, E., «Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional», Madrid 1987, p. 170 y 191 y ss.; SERRANO-PIEDECASAS, J.R., «Emergencia y crisis del Estado social», Barcelona 1988, p. 174 y ss.; con ciertas matizaciones sobre el elemento estructural, TERRADILLOS, J., «Terrorismo y Derecho», Madrid 1988, p. 59 y 60 y PRIETO SANCHÍS, L., «Estudios sobre Derechos Fundamentales», Madrid 1990, p. 265. Véase, asimismo, las numerosas sentencias de la Audiencia Nacional señaladas por E. MESTRE en el trabajo anteriormente citado, p. 189 y ss. así como la sentencia de la Sala Segunda del T.S. de 27 de mayo de 1988, RA 3839, y la de 16 de diciembre de 1987 dictada por el Tribunal Constitucional.

(6) Véase sentencia n.º 30/91, de 20 de septiembre de 1991, de la Sección 3.º de la Audiencia Nacional. Fundamento Jurídico 13.º.

dificar el sistema establecido debe recibir este nombre; en cambio, cuando los hechos «aparentemente» terroristas (7) persiguen la «conservación» del orden constitucional merecen tan sólo el calificativo de crimen común. Dicho de otro modo, la finalidad de alterar el sistema constitucional y no una genérica finalidad política representa ahora un rasgo esencial del concepto jurídico de terrorismo. La Audiencia Nacional delimita de este modo la noción de terrorismo ofreciendo por primera vez un criterio restrictivo que, en principio, contradice esa denunciada «vis expansiva», de la normativa comentada; de prosperar esta doctrina, y al margen de otras consecuencias, ello impedirá aplicar la suspensión de garantías prevista en el art. 55,2 de la Constitución a este tipo de organizaciones. Pero nótese que la nueva orientación jurisprudencial resulta un tanto paradójica, pues no ha venido a limitar o restringir una tendencia expansiva de la idea de fin político, muchas veces «objetivado» en un resultado político que permitía agravar conductas subjetivamente apolíticas (8), sino que consagra una discriminación o, si se quiere, una diferenciación entre fines políticos terroristas (reprobables) y fines políticos no terroristas (menos reprobables), pues me parece fuera de toda duda que la defensa o conservación del sistema constitucional es, del mismo modo que su cambio o modificación, un fin político.

Así pues, creo que la sentencia pronunciada en el «caso Amedo» plantea varios problemas interesantes, algunos no suficientemente tratados en la jurisprudencia sobre la materia y otros que afectan al corazón mismo del concepto de terrorismo. La clave del asunto reside en la peculiar idea de finalidad política subversiva que se construye como una nueva exigencia conceptual y que se contrapone, no al llamado terrorismo de Estado, sino a la que pudiera denominarse delincuencia política organizada no terrorista. Y aquí encontramos el primer motivo de perplejidad, porque, frente a la acusación retórica o periodística de que los G.A.L. constituyan un caso de terrorismo de Estado, hubiera tenido sentido decir que, desde un punto de vista jurídico formal, el terrorismo es siempre subversivo; pero lo que parece discutible es suponer que la lesión del orden constitucional sólo se obtiene con el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo «revolucionario» o «reacionario») y no también con la desvirtuación de sus reglas básicas, má-

(7) Y tan aparentemente que fueron enjuiciados por la Audiencia Nacional.

(8) La legislación antiterrorista se convierte así en una normativa que no va dirigida sólo a salvaguardar el sistema político sino a combatir toda forma de delincuencia que, por su frecuencia, por su carácter organizado o por los criterios que en cada momento sirvan de justificación, afecta a algo más general e impreciso como es la «seguridad» o «normalidad» de la vida ciudadana y que suele recibir el nombre de «legislación de orden público». Recuérdese, en este sentido, la aplicación de estas normas en la detención del desaparecido Santiago Corella Ruiz «El Nani». Véase, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Crítica de la política penal del orden público», en CPC n.º 16, 1982, p. 49 y ss.

xime cuando esa finalidad de cambio político se exterioriza generalmente de manera indirecta, como un «añadido» a comportamientos objetivamente no políticos (9). Téngase en cuenta que, en realidad, el único delito que va directamente encaminado a la consecución de un fin político es el de rebelión, expresamente incluido en el ámbito de esta normativa, y del que también podría predicarse que se ejecuta en «defensa» del sistema establecido (10).

Por último, aún admitiendo que este tipo de organizaciones no constituyeran un «grupo terrorista subversivo», cabe preguntarse si podrían integrar, al menos, ese concepto de «banda armada» a que alude la legislación vigente y nuestro Tribunal Constitucional; bandas armadas que, frente a las asociaciones terroristas, se caracterizan, no por su finalidad política, sino por causar un resultado de puesta en peligro del orden constitucional o por incidir gravemente sobre la seguridad ciudadana pero a las que igualmente les serían de aplicación las medidas previstas en el art. 55,2.^º de la Constitución y en la legislación penal.

II. ENTRE EL TERRORISMO SUBVERSIVO Y EL TERRORISMO DE ESTADO

Si el vocablo terrorismo es en el lenguaje común casi más emotivo que descriptivo, la expresión terrorismo de Estado decididamente se emplea como un arma arrojadiza contra aquellos sistemas políticos que vulneran sistemáticamente los derechos humanos o, también, contra aquellas actuaciones más o menos circunstanciales que, incluso en el marco de un Estado de Derecho, manifiestan un afán represivo excepcional, desproporcionado o ejecutado al margen de todo procedimiento regular. En el «caso Amedo» el fantasma del terrorismo de Estado recorrió todo el proceso, desde las primeras diligencias a la decisión final, y, desde luego, había buenos motivos para ello. En primer lugar, porque concurrían los dos ingredientes fundamentales del terrorismo de Estado: los inculpados eran funcionarios de policía, por tanto servidores del Estado, y los hechos enjuiciados eran imputables todos a una misma estructura —también algo fantasmal— que pretendía combatir el terrorismo con sus mismas armas. Además, el empeño gubernamental por eludir cualquier fiscalización sobre el uso de los fondos reservados

(9) Tanto en nuestro ordenamiento vigente como en el de los países de nuestro entorno cultural, el terrorismo se concibe como un delito de «forma libre» cuyo modo habitual de exteriorización es a través de la ejecución de tipos delictivos comunes.

(10) Piénsese, por ejemplo, en la rebelión encaminada a sustituir la Asamblea de una Comunidad Autónoma donde el partido mayoritario propugna el separatismo. También aquí podría argumentarse que, aunque por vías no democráticas, la rebelión tiene por finalidad la «defensa» del sistema político.

del Ministerio del Interior no hacía más que alimentar la sospecha de que las actividades ilícitas de los procesados habían sido estimuladas, toleradas o, al menos, conocidas por las autoridades políticas (11). Finalmente, la argumentación de la Sala sentenciadora vino a subrayar acaso con demasiado énfasis la naturaleza subversiva del terrorismo o, mejor dicho, el propósito subversivo que debe inspirar una acción delictiva para ser calificada jurídicamente como terrorista, lo que en cierto modo sugería la existencia de otro «terrorismo» antisubversivo que el Estado no castiga como tal precisamente por ser imputable a él mismo.

Sin embargo, el fantasma del terrorismo de Estado no pudo adquirir existencia corpórea, ni como reproche político o moral a los máximos responsables de la seguridad y del sistema policial ni, mucho menos, como reproche jurídico a la organización estatal en su conjunto. En verdad, esto último hubiera sido imposible por definición, y así lo veremos más adelante. Pero, incluso por lo que se refiere al primer aspecto, en la sentencia se aprecia un propósito firme por concebir las actuaciones delictivas como hechos aislados de cualquier estrategia estatal de lucha contra el terrorismo, así como por presentar a los inculpados como personajes que actuaban por su cuenta y sin vínculo alguno con sus superiores jerárquicos (12). Con ello, se cerraba el paso a toda inculpación jurídica de cargos públicos o de funcionarios superiores, pero, sobre todo, se pretendía impedir también la inculpación política del Estado.

(11) Como es sabido, el proceso dió lugar a una investigación sobre el posible uso que, para sus fines delictivos, pudieran haber hecho los procesados de los «fondos reservados» del Ministerio del Interior. La declaración de carácter «secreto» de los gastos imputables a los mencionados fondos (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986), medida que suscitó una viva polémica en la sociedad española, permitió que las autoridades llamadas a declarar se negaran reiteradamente a explicar la forma de control que existía sobre los mismos, si bien coincidieron en afirmar que no había constancia del libramiento o desviación de fondos a favor de los procesados; declaraciones que, según la sentencia comentada, justificaron la absolución del delito de malversación de caudales públicos del que venían siendo acusados tanto por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, posteriormente modificadas en el acto de la vista oral, como por las acusaciones particulares. Véase Fundamento Jurídico 12,2.^a y 13,5) así como los siguientes escritos presentados en la causa por el Ministerio Fiscal: de Alegaciones, de 18 de agosto de 1988 y de conclusiones provisionales, de 9 de octubre de 1990.

(12) Según el n.^º 1 de los hechos que se declaran probados, con respecto al grupo GAL, «no es posible determinar con exactitud su estructura interna, . . . el conjunto de medios materiales con que contaban, ni, significativamente, su financiación, es decir, la cuantía de sus ingresos económicos, el carácter esporádico o regular de éstos, las modalidades de su obtención —que no consta lo hayan sido en ningún caso mediante la comisión de delitos de contenido económico— la unidad o pluralidad de fuentes, los nombres de las personas físicas o jurídicas que encarnaban éstas y su naturaleza, pero sin que pueda asegurarse que la citada organización constituya efectivamente un grupo de poder paralelo inserto en los aparatos del Estado».

Ciertamente, cabe pensar que la investigación judicial pudo haber ido más allá. Adonde no podía llegar en ningún caso era a la calificación jurídica de terrorismo de Estado, por la sencilla razón de que tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una imagen metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término, la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado (13). Que esta afirmación se tache de positivista me parece muy bien, pero que se identifique —a mí o al positivismo— con «una concepción absolutizadora y abstracta del Estado» basada en «verdades parciales» (14) supone una nueva «*reductio ad hitlerum*» que pretende hacer del positivismo un chivo expiatorio de todos los males de la humanidad y, en especial, de la existencia de Derechos injustos.

No es momento de explicar qué se entiende por positivismo (15), ni cuáles son sus premisas metodológicas (16); tampoco procede recordar que los juristas del nacionalsocialismo eran muy poco positivistas (17). Sí interesa aclarar, en cambio, en qué sentido sí y en qué sentido no cabe hablar de terrorismo de Estado. De entrada, no está de más evocar que la noción de terrorismo nace precisamente vinculada a formas de terror institucional (18), por lo que en modo alguno repugna hablar de terrorismo de Estado. Ahora bien, ¿cuándo y desde qué perspectiva cabe decir que un Estado es terrorista?

En principio, cabe convenir que son terroristas aquellos Estados que aplican una violencia extrema e indiscriminada contra sus ciudadanos o contra ciudadanos de otros países, que ejercen su fuerza sin sujeción al Derecho, que vulneran sistemáticamente los derechos humanos, etc.; en suma, aquellos Estados que nos merecen un juicio moral y político fuertemente negativo. Y, dado que de juicios morales y políticos hablamos, tampoco encuentro inconveniente en reconocer que en el modelo del Estado de Derecho, globalmente justo, puedan desarrollarse tendencias autoritarias y represivas o, más claramente, tampoco excluyo

(13) Véase mi «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, p. 35.

(14) SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Emergencia y crisis del Estado social», citado, p. 164 y 165.

(15) Véase, por ejemplo, los trabajos de N. BOBBIO recogidos en «Giusnaturalismo e positivismo giurídico», Milano 1972; también «Il positivismo giurídico», Torino 1979.

(16) Véase mi trabajo «Posibilidades y límites de la dogmática penal», en CPC n.º 33, p. 527 y ss.

(17) Véase la Introducción de E. GARZÓN VALDÉS al volumen «Derecho y Filosofía», Barcelona 1985.

(18) Existe acuerdo en que el término terrorismo nace durante la Revolución francesa para referirse a la política de terror practicada en el período de 1791-1794. Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, p. 32 y ss.

que sus autoridades puedan recurrir a métodos terroristas, tanto en el plano interno como en el internacional (19).

Sin embargo, creo que desde un punto de vista jurídico, la idea de terrorismo de Estado o es inútil o es inviable. Es inútil para referirse a los sistemas políticos crueles y opresivos, donde o bien las leyes respaldan o amparan sus prácticas, o bien constituyen palabras vanas que ninguna autoridad está dispuesta a observar ni a hacer observar. Y es inviable en el marco del Estado de Derecho, donde obviamente responden los funcionarios de los hechos ilícitos que realicen, por su cuenta o por cuenta de otros, pero donde se excluye por principio cualquier imputación institucional. En otras palabras, aunque se hubiese probado que las autoridades del Ministerio del Interior apoyaban a los procesados, bien financiando sus operaciones o de cualquier otro modo, ello no tendría más trascendencia que la sanción personal por los tipos penales que fueran de aplicación al caso. Cuestión distinta es el Derecho internacional; con independencia ahora de que se trate de un auténtico Derecho o de que sea un Derecho primitivo, aquí sí puede tener más sentido hablar de terrorismo de Estado, pues el Estado aparece como un sujeto de responsabilidad internacional al que en ese orden, se le pueden imputar determinados comportamientos calificados como terroristas en los acuerdos o convenios sobre la materia (20).

III. EL ELEMENTO TELEOLÓGICO EN EL CONCEPTO DE TERRORISMO: SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA FINALIDAD POLÍTICA

Pero si, por las razones que acabamos de ver, la conducta de los procesados Amedo y Dominguez no podía ser calificada de terrorismo de Estado, la única opción que aparentemente restaba al Tribunal, admitida la finalidad política de los hechos, era estimar que constituyan simple terrorismo, es decir, ese terrorismo que habitualmente se denomina subversivo para significar que se ejerce frente al Estado y no desde el

(19) En cambio, SERRANO PIEDECASAS, «Emergencia...», citado, p. 165, se muestra aquí más «positivista» que yo, pues afirma que «respecto de los Estados democráticos de Derecho, parece que no tiene sentido hablar de terrorismo de Estado».

(20) Sobre el terrorismo en el ámbito del Derecho internacional puede verse, WALTER, E. V., «Terror and Resistance. A Study of Political Violence with Cases Studies», Oxford 1969, p. 6; MERTENS, P., «L'introuvable acte de terrorisme», en «Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme», Bruxelles 1974 p. 48; PISAPIA, G. D., «Terrorismo: delito político o delito comune?», en *La Giustizia Penale*, 1975, II, p. 261; PONTARA, G., «Violenza e terrorismo. Il problema della definizione e della giustificazione», en «Dimensione del Terrorismo Político», Milano 1979, p. 58 y CAMPO, S., CASINELLO, A., HAURON, A., y otros «Terrorismo Internacional», Madrid 1984.

mismo. Ahora bien, si, como parece, lo que se pretendía era precisamente evitar cualquier relación de los hechos con el fenómeno terrorista, antes que distinguir entre fines políticos terroristas y no terroristas cabían también otras soluciones que, sin embargo, no tuvo en cuenta la sentencia de la Audiencia Nacional.

En primer lugar, y quizás ésta hubiera sido la argumentación más sencilla, cabía negar de entrada la existencia del elemento teleológico, es decir, negar que la actividad delictiva enjuiciada estuviera guiada por un móvil político, lo que, irremediablemente, hubiera conducido a que la organización en que se encuadraban los procesados fuera calificada de asociación ilícita común, como finalmente se produjo. Es cierto que, en este sentido, parecían ir encaminadas algunas de las afirmaciones contenidas en el resultando de hechos probados (21) y, sin duda, haber partido de que la conducta de los procesados respondía únicamente a móviles personales de «represalia» o «venganza» contra determinados individuos (los integrantes o colaboradores de la organización ETA) hubiera conducido sin dificultad a la calificación finalmente emitida, pues, como es obvio, la presunta responsabilidad por terrorismo de las víctimas no transmite esa condición a los actos delictivos que puedan dirigirse contra los mismos.

No obstante, aún admitiendo que la motivación fuera efectivamente de orden político, cabía también otra solución consistente, a su vez, en negar la existencia del segundo de los elementos que caracterizan al terrorismo, es decir, negar que la estructura desde la que actuaban los procesados tuviera una entidad organizativa suficiente y, en consecuencia, no haber estimado la concurrencia del delito de asociación ilícita (22). Desde esta perspectiva, la actividad delictiva de Amedo y Domínguez constituiría un supuesto de mera codelincuencia política ocasional que, por su falta de organización y, por tanto, de estructura suficiente para enfrentarse al Estado, comporta menos peligro que aquellos actos de violencia sistemáticamente programados desde una auténtica asociación que, por ello, se hace acreedora de la denominación terrorista.

(21) Así, por ejemplo, cuando se señala que las acciones del grupo G.A.L. «...iban dirigidas contra personas con una más o menos probable vinculación con la organización armada ETA-militar, como represalia frente a los actos cometidos por ésta en España...» o cuando, más adelante, se subraya que entre los objetivos de los procesados se encontraba el de «vengar los sedicentes crímenes de ETA» (Resultando n.º 1 de los Hechos Probados).

(22) En este sentido parecía encaminarse la sentencia dictada sobre este mismo caso por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de fecha 12 de marzo de 1992. Sin embargo, como veremos más adelante, el fallo confirma la condena por el delito de asociación ilícita común para el que, contra una propia y consolidada jurisprudencia, parece exigirse una menor entidad organizativa que en el supuesto de asociación terrorista.

La sentencia de la Audiencia Nacional, sin embargo, no estima, ni siquiera sugiere, las soluciones apuntadas. Por el contrario, al calificar los hechos como constitutivos de un delito de asociación ilícita reconoce que los procesados actúan con una cobertura organizativa suficiente y estable, lo que veta la posibilidad de poder considerar que se trata de hechos aislados u ocasionales. Bien es verdad que, desde estas premisas, tampoco habría resultado entonces muy creíble que aprovecharan la estructura de los G.A.L. o crearan una asociación semejante (23) únicamente para satisfacer fines personales de venganza» o «represalia»; es más, desde el momento en que se acepta la existencia de una asociación ilícita, se reconoce también la presencia de unos fines trascendentales a las voluntades particulares de los socios y a sus concretas acciones delictivas; y precisamente es ahora cuando adquiere relevancia la presunta condición terrorista de las víctimas, pues su uniforme y reiterada elección pone de manifiesto la existencia de una estrategia política que, según declara la misma sentencia, se concreta en la «defensa» del orden constitucional.

Sin embargo, aunque esta forma de argumentar debería haber conducido a una calificación de terrorismo, el Tribunal rehúsa tal conclusión mediante una distinción, tortuosa y poco convincente, entre una violencia con fines políticos terroristas y otra con fines asimismo políticos pero no terroristas. Más adelante retomaremos la cuestión del elemento estructural, la asociación ilícita, porque también en este ámbito la resolución dictada por el Tribunal Supremo ha introducido algunas novedades, pero, en principio, la nueva interpretación sobre el concepto legal de terrorismo afecta especialmente al elemento teleológico, esto es, a la finalidad política; ¿qué alcance tiene ese elemento político en la definición legal de terrorismo?, ¿se trata de un resultado objetivo o de una intencionalidad subjetiva?, ¿cuálquier fin político resulta apto para integrar dicha definición o existen determinados fines seleccionados en función de su concreto designio ideológico?

En una primera aproximación, cabría tal vez entender que el elemento político se hace presente allí donde una infracción lesiona el modelo de convivencia o las instituciones en que aquél se manifiesta. Ahora bien, una definición de carácter tan genérico no creo que pueda resultar satisfactoria o, al menos, no puede resultarnos satisfactoria desde la óptica del Derecho penal, pues en tales condiciones toda conducta, todo ilícito penal, podría ser calificado como delito de finalidad política; así, si entendemos que el Código penal, como todo orden jurídico,

(23) Esta es una de las cuestiones sobre la que más adelante volveremos, pues existe en la sentencia de la Audiencia Nacional cierta nebulosa sobre si la condena por el delito de asociación ilícita se refiere a la integración de los procesados en el grupo G.A.L o a la creación de otra organización con fines semejantes.

supone la cristalización normativa de un determinado sistema político (24), este será siempre, en última instancia, el bien jurídico vulnerado por cualquier actuación delictiva y, desde esta perspectiva, podríamos decir que todos los tipos del texto punitivo deberían ostentar la consideración de «delitos políticos».

Ciertamente, preguntarse sobre el contenido del elemento teleológico en el delito de terrorismo resulta, a mi juicio, equivalente a cuestionarse el objeto de protección de los tradicionalmente llamados delitos políticos que, como es sabido, se agrupan en nuestro Código penal, desde el texto de 1944, en torno a la rúbrica «Delitos contra la seguridad interior del Estado» (25). No obstante, tampoco parece que la seguridad del Estado pueda hoy expresar, desde el sistema de valores y principios que consagra el texto constitucional, el interés protegido en las infracciones políticas; al menos, no puede expresarlo ese ambiguo concepto que ha venido sirviendo como genérico criterio de incriminación de cualquier conducta de oposición al régimen político, identificando, como señala Muñoz Conde, la seguridad del Estado con la «seguridad de los detentadores del poder» (26) y propiciando que, bajo este título, se encuadren, aun hoy, tipos penales de signo muy diferente que sólo bajo una concepción autoritaria pueden responder al interés de protección estatal. Como sugiere García-Pablos (27), quizás hoy no resulte posible armonizar el viejo concepto de «seguridad del Estado» con el principio de «Estado democrático de Derecho» que preside nuestro sistema político actual y, seguramente por ello, los sucesivos proyectos de Código Penal aparecidos tras la promulgación de la Constitución han abandonado esta rúbrica (28). Sea como fuere, el Tri-

(24) En este sentido MARINELLI, A., «Il delito politico» en *Archivio Penale*, enero-abril 1976, p. 71.

(25) La rúbrica tiene su origen en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 cuyo contenido, en su práctica totalidad, fue incorporado al texto refundido de Código penal por Decreto de 23 de diciembre de 1944. Entre otros supuestos, procede de esta misma legislación el tipo de terrorismo que, con algunas modificaciones, estuvo previsto en nuestra normativa común o militar hasta su total desaparición en virtud de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre. Desde un principio, el mencionado tipo se construyó sobre la base de requerir la finalidad específica de «atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público». Véase, más ampliamente, mi trabajo, ya citado, «Tratamiento jurídico del Terrorismo», Capítulo 2º, p. 127 y ss. y 162 y ss.

(26) MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal», Parte Especial, 7.ª ed., Valencia 1988, p. 556. Un estudio crítico sobre el concepto «seguridad del Estado» y su similitud ideológica con el de «personalidad del Estado» acogido por el Código penal italiano de 1889, puede verse en GARCÍA RIVAS, N., «La rebelión militar en Derecho Penal», Albacete 1990, p. 120 y ss.

(27) «Estudios Penales», Barcelona 1984, Capítulo III, p. 181.

(28) Vid. Anteproyecto de Código Penal de 1978, Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 y Anteproyecto de Código Penal de 1992. Curiosamente, sin embargo, al enumerar los

bunal Constitucional ha señalado que por seguridad interior del Estado no cabe hoy entender sino «la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas» (29) coincidiendo, asimismo, la doctrina penal en que el bien jurídico protegido en las infracciones políticas en la actualidad ha de concretarse en la defensa del «ordenamiento constitucional democrático» (30).

Desde esta perspectiva y a efectos de delimitar el alcance de lo político en la esfera penal, creo que resulta entonces indiferente que el móvil político de la actividad delictiva se manifieste de modo inmediato, esto es, lesionando o poniendo en peligro de forma directa o frontal el bien jurídico de carácter político —y para esta modalidad quizás podríamos reservar la expresión delito político— o bien, como caracteriza al terrorismo, se presente como una finalidad mediata, donde, no obstante, también en última instancia debe comprobarse esa lesión o puesta en peligro y donde el carácter pluriofensivo de sus actuaciones es lo que justifica la mayor sanción penal. Mas en ambos casos, delincuencia política o delincuencia terrorista, la finalidad tiene el mismo carácter y el motivo de su incriminación responde al mismo criterio: la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación en el poder; consiguientemente, la relevancia penal de lo político en el Estado de Derecho se circscribe a los supuestos de alteración del orden constitucional y sólo cuando los mismos se encaminen a través de procedimientos extra-constitucionales.

El elemento teleológico en el delito de terrorismo no tiene, pues, un contenido más amplio que la específica finalidad política de alteración del orden constitucional (31). Obviamente, el fin último puede concurrir

propósitos que deben caracterizar a las bandas armadas u organizaciones terroristas tanto la Propuesta de 1983 como el Anteproyecto de 1992 (arts. 488 y 519, 1.^º respectivamente) aluden nuevamente a la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, referencia que debería desaparecer maxime cuando también se haya recogido el fin más preciso de alterar el orden constitucional.

(29) Sentencia de 8 de abril de 1981, Fundamento Jurídico 26.

(30) En este sentido, entre otros, ARROYO, L., «Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal», en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo II, Madrid 1983, p. 220; GARCÍA RIVAS, N., obra citada, p. 140 y GÓMEZ CALERO, J., «Delitos de terrorismo», en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo XI, Madrid 1990, p. 268.

(31) En la doctrina italiana, la polémica sobre el contenido del elemento teleológico surge especialmente cuando, en virtud del Decreto/Ley de 15 de diciembre de 1979 (convertido en Ley de 6 de febrero de 1980), se introduce en el Código penal la agravante genérica de actuar con «finalidad terrorista o de eversión del orden democrático». Aunque para algunos autores, como ALBANELLO o VALIANTE, se trata de fines diferentes, la mayoría de la doctrina, sin embargo, se inclina por una noción unitaria de los mismos que debe entenderse como eversión violenta del orden democrático. En realidad, creo que tanto en el caso italiano como en el español, cuya legislación en esta materia

con otros objetivos más inmediatos (32) pero la actividad desarrollada por el grupo terrorista no se agota en la realización de unos delitos concretos sino que éstos deben tener, en todo caso, un carácter instrumental, esto es, estar al servicio de un programa o estrategia política dirigida contra el ordenamiento constitucional democrático. De este modo, y como ya sabemos, el terrorismo debe diferenciarse cuidadosamente de aquella delincuencia común con la que cabe decir que se identifica «instrumentalmente», pero de la que le separa la finalidad política; y debe diferenciarse asimismo de otras actividades delictivas que puedan presentar una directa o indirecta relevancia política, pero donde la eventual violencia no se endereza estratégica y organizadamente a la consecución del fin.

Ahora bien, la sentencia de la Audiencia Nacional no parece incurrir desde luego en una tendencia expansiva en la interpretación del concepto de finalidad política sino que, por el contrario, restringe notablemente su alcance al considerar que los procesados no tenían con su actuación delictiva ningún propósito de «destruir» el orden democrático sino de preservarlo o defenderlo. ¿Significa esto que la finalidad política sólo puede ser relevante en materia penal cuando se persigue el cambio o modificación sustancial, es decir, la sustitución por otro, del sistema político?; ¿dicha finalidad admite un juicio moral (y jurídico) según cual sea su impronta ideológica?

De entrada, y antes de proseguir con el tema de fondo, es interesante subrayar que la sentencia comentada se aparta de modo palmario del precedente sentado por la propia Audiencia Nacional a propósito de la naturaleza de los G.A.L., que en el llamado «caso Leiba» (33) aplicó sin vacilación el tipo específico de asociación terrorista tras acreditar «la simple pertenencia a banda armada» de los inculpados, así como que

presenta numerosas semejanzas, la finalidad propiamente es la eversion o alteración del orden constitucional mientras que el concepto terrorismo no es sino un modo de exteriorizar la actividad delictiva dirigida a esa finalidad. *Vid.* DALIA, A. A., «I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione», Milano 1980, p. 22; ALBANELLO, C., «Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica», en *Giurisprudenza di Merito*, 1981, p. 276; VIGNA, P.L., «La finalità di terrorismo ed eversione», Milano 1981; LAUDI, M., «I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"», Milano 1983, p. 54 y VALIANTE, M., «Il reato associativo», Milano 1990, p. 263.

(32) A menudo, la jurisprudencia de la Audiencia Nacional hace referencia a las finalidades de creación de alarma, de inseguridad ciudadana o de aterrorizar a la población que, en muchos casos, suele calificar como fines instrumentales o inmediatos (*Vid.* en este sentido las sentencias 2/81, 22/81, 25/81 y 39/81 (Sección 3.^a); 71/84 (Sección 2.^a); 66/85 y 83/85 (Sección 1.^a) y 27/86 (Sección 3.^a), entre otras muchas). Ciertamente, tales fines, al margen de que en muchas ocasiones sean más bien un efecto del delito, no tienen porque ser privativos de la delincuencia terrorista sino sólo en la medida en que formen parte de una estrategia de desestabilización política.

(33) Sentencia n.^o 106 de la Sección 1.^a de la Audiencia Nacional dictada en fecha 9 de diciembre de 1985.

sus acciones se habían efectuado «en cumplimiento de los fines perseguidos por el grupo al que pertenecen» (34).

Ciertamente, nada impide que la Sección 3.^a se aparte de la doctrina o del precedente formulado por la Sección 1.^a, pero al menos creo que debió observar las recomendaciones suministradas por el Tribunal Constitucional para estos casos y que se contraen a una exigencia de motivación suficiente de las razones del cambio jurisprudencial, que permita excluir toda sospecha de superficialidad o, lo que sería más grave, de tratamiento discriminatorio (35). Lejos de ello, se prefiere recordar aquí el «caso Caplane» (36), donde se excluyó la aplicación del tipo de asociación terrorista, pero precisamente porque no se logró acreditar la pertenencia de los inculpados al G.A.L.

Pero, ya que no una argumentación expresa, ¿cabe adivinar alguna razón implícita para vincular necesariamente la noción de terrorismo a unas ciertas finalidades políticas y no a otras? La verdad es que no se me ocurre ninguna: en un modelo de convivencia que garantiza el más amplio pluralismo político, que diseña un sistema de libertades públicas y que incluso admite el cambio constitucional, la índole o clase de finalidad política que se persiga debe ser perfectamente irrelevante desde el punto de vista penal, y ello por muy radical o heterodoxo que sea su contenido (37). En otras palabras, el legislador puede tomar en consideración la existencia de un designio político de vulneración del orden constitucional a fin de construir tipologías penales, y éste es el caso del terrorismo, pero establecer distinciones acerca de su concreta inspiración o propósito equivale a discriminar en función justamente de las ideologías y no de las conductas, careciendo por lo mismo de cualquier

(34) La sentencia dictada en esta misma causa por el Tribunal Supremo, de fecha 27 de mayo de 1988, R.A. 3839, alude, con mayor argumentación, a la finalidad específica de «quebranto de la seguridad ciudadana».

(35) En palabras del Tribunal Constitucional, «los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica... y no como cambio inadvertido... o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso», STC de 23 de mayo de 1990, Fundamento Jurídico 3.

(36) Sentencias de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 1987 y del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991.

(37) No obstante, también en los sistemas democráticos cabe constatar algunos residuos de incriminación de la disidencia como puede ser el caso, en nuestro ordenamiento, del tipo de apología. Sobre la utilización del Derecho penal como medio de defensa del Estado democrático frente a agresiones no violentas, véase, en general, GARCÍA-PABLOS, A., «El llamado «Derecho penal político de nuevo cuño», sus presupuestos y directrices», en Cuadernos de Política Criminal n.º 2, 1977, p. 51 y ss., reproducido y ampliado en el Capítulo III de «Escritos Penales», Barcelona 1984, p. 153 y ss.

fundamento constitucional, dado que, en línea de principio, ninguna ideología es preferible a otra.

De aquí hay que deducir, a mi juicio, dos importantes consecuencias: de un lado, que no cabe la acuñación de tipos penales que supongan la incriminación de ideologías o programas políticos, cualquiera que sea su contenido, mientras las mismas no se traduzcan en acciones delictivas que efectivamente se orienten a la alteración del orden constitucional (38); sólo en este sentido creo que puede decirse con rigor que en los Estados democráticos no existen delitos políticos. Pero también, y de otro lado, precisamente porque el Estado de Derecho rechaza toda discriminación que atienda a las ideologías o programas políticos, cuando éstos son de algún modo tenidos en cuenta han de objetivarse o generalizarse, de modo que *cualquier* fin político unido a una misma acción penalmente reprochable ha de producir idénticos resultados. Esto es, el orden constitucional se lesiona de igual modo por quien utiliza el asesinato para lograr su transformación o derogación como por quien recurre al mismo asesinato para lograr su preservación, sencillamente porque el orden democrático consiste, entre otras cosas, en que tales objetivos puedan y deban ser alcanzados por vías pacíficas e institucionalmente regladas (39).

Por lo demás, visto el problema desde la perspectiva de la organización estatal, la diferencia entre las organizaciones terroristas «clásicas» (E.T.A. o G.R.A.P.O.) y los G.A.L. parece más cuantitativa o de grado que sustancial o cualitativa, por cuanto si aquellos pretenden suplantar al legislador que crea normas generales, estos últimos pretenden suplantar a los operadores jurídicos encargados de aplicar esas normas generales a situaciones particulares. Quiero decir con ello, en suma, que el orden constitucional se ve tan lesionado cuando se quiere arrancar

(38) En este sentido, la crítica efectuada por la doctrina penal a la STC de 8 de abril de 1981 que no consideró inconstitucional el tipo de sedición previsto en el art. 222, 1.^º del CP, huelga de funcionarios públicos, entendiendo que la conducta, en sí misma lícita, se criminaliza sólo en función de la finalidad o dolo específico de atentar contra la seguridad del Estado. Véase ARROYO, L., «Responsabilidad penal en la huelga...», citado, p. 215 y GARCÍA RIVAS, N., «La rebelión militar en Derecho penal», citado, p. 140-141.

(39) En este mismo sentido se manifestaba el Ministerio Fiscal en la causa contra Amedo y Domínguez señalando que «el propósito de “destrucción o eversión del orden constitucional”... se hace patente de ordinario en quienes, cualesquiera que sean las motivaciones ideológicas y proselitistas que desfieren, utilizan sistemáticamente la lucha armada para la consecución de sus reivindicaciones políticas desafiando las instituciones del Estado democrático de Derecho establecidas para garantizar el pluralismo político. Pero igualmente adoptan tales comportamientos quienes, abstracción hecha del móvil que inspira su obra, tratan conscientemente de suplantar a las instituciones legítimas del Estado de Derecho constitucional y, por vía de respuesta, recaen en actividades criminales parejas a las que quieren combatir». Véase escrito de Alegaciones provisionales de fecha 18 de agosto de 1988, p. 3 y vta.

por la violencia la adopción de una medida legislativa o de una decisión política general que cuando, por idénticos medios, se intenta violentar o sustituir a los órganos que tienen por misión garantizar el funcionamiento regular del sistema, pues las exigencias del Estado de Derecho comprenden por igual ambos momentos o capítulos.

Así pues, la actuación del grupo terrorista portador de un programa político sólo adquiere desvalor jurídico en un sistema democrático por el uso de la violencia, por la no utilización de los cauces constitucionales como forma de lucha política. Ese programa político será, normalmente, revolucionario, transformador, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide conceptualizar como terrorista a un grupo políticamente conservador, que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario (40). Como señala Vigna, el orden democrático supone el respeto de los métodos democráticos en todas sus manifestaciones políticas y cualquier violación de ese principio «constituye atentando a la Constitución, ruptura o tentativa de ruptura en forma violenta» (41).

Finalmente, creo que el criterio mantenido en esta ocasión por la Audiencia Nacional contribuye -acaso malgré lui- a deslegitimar una legislación antiterrorista que nunca se ha mostrado muy adornada por una conciencia general de legitimidad; pues, en resumidas cuentas, si alguna justificación puede exhibir hoy dicha normativa ésta reside en la necesidad de establecer una respuesta vigorosa por parte del Estado frente a una violencia extrema, cruel y planificada que dice servir a unos objetivos que en sí mismos tendrían cabida en el marco institucional, por lo que resulta fundamental subrayar que no es la finalidad, sino los medios, lo que constituye el objeto del reproche penal. En cierto modo, cabe decir que la legislación antiterrorista ha de guardar un cierto paralelismo con el propio modelo político, de manera que si en éste todas las ideologías o programas aparecen en un plano simétrico y, en principio merecen las mismas oportunidades, así también en la esfera de la punición antiterrorista debe mantenerse la misma simetría entre las distintas opciones políticas, castigando en función de los hechos y no de los propósitos. Dicho más claramente, la sentencia comentada viene a cargar de razón a quienes ven en esta clase de legislación un instrumento específico para la persecución de ciertos credos políticos y no —como suele decirse— de la violencia «venga de donde venga».

(40) Ciertamente, es muy dudoso que quienes dicen utilizar la «vía violenta» para defender al Estado no persigan, en realidad, también su transformación frontal. En definitiva, negar que el método democrático sea válido para acabar con los enemigos del Estado es negar no sólo su eficacia en casos concretos, sino negar también el sistema mismo, que se caracteriza justamente por la regularidad de su actuación.

(41) VIGNA, P.L. «La finalità di terrorismo ed eversione», citado, p. 33.

IV. EL ELEMENTO ESTRUCTURAL EN EL CONCEPTO DE TERRORISMO: LA BANDA ARMADA O ASOCIACIÓN TERRORISTA

Pero, como es sabido, la genérica finalidad política de alteración del orden constitucional no constituye el único rasgo definidor del concepto de terrorismo. Sobre todo en los últimos años, viene cobrando fuerza la idea de que el terrorismo es algo más que simple violencia política y ese algo más viene dado por su carácter institucional y cuasijurídico que tiende a romper el monopolio estatal en el uso de la fuerza. Por ello, como señala Bonanate, hoy sólo cabe hablar realmente de terrorismo cuando un conjunto de acciones violentas diferentes se pueden imputar a un mismo sujeto —la organización política— que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo (42). En cierto modo, cabe decir que el sujeto no es el terrorista sino el grupo terrorista que constituye un contraordenamiento respecto al Estado y que trata de inspirarse en un análogo, aunque antítetico, principio de legitimidad; esta concepción del terrorismo como institución político criminal pone de relieve una vez más que, según se ha dicho, el bien jurídico vulnerado en estos supuestos no es sólo el concreto de cada hecho delictivo sino la propia unidad del ordenamiento estatal y la exclusividad de los cauces constitucionales como forma de acción política.

Esta dimensión del terrorismo es, con toda probabilidad, la que viene preocupando al legislador de los últimos años y, del mismo modo que en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, el tratamiento que el Código penal español ofrece del fenómeno terrorista gira, básicamente, en torno a la figura prevista en el art. 174,3.^º donde se sanciona el delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas. El mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de diciembre de 1987, ha reconocido expresamente que «el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales... se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de «bandas» en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas»; de este modo, el elemento estructural u organizativo se constituye en requisito indispensable para que pueda ser aplicada la legislación antiterrorista.

Ahora bien, la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el caso Amedo y Domínguez no negó que los procesados actuaran con una

(42) BONANATE, en BONANATE, L., MARLETTI, C., MIGLIORINO, L., y otros, «Dimensioni del Terrorismo politico. Aspetti interni e internazionale, politici e giuridici», a cura de L. Bonanate, Milano 1979, p. 132-133.

falta de cobertura organizativa suficiente —siendo así condenados por un delito de asociación ilícita del art. 173, 1.^º del Código penal— sino que, como ya sabemos, lo que negó fue la condición de terrorista a la mencionada organización por inexistencia de finalidad política. Sin embargo, el fallo emitido en la misma causa por el Tribunal Supremo, en fecha 12 de marzo de 1992, manteniendo la misma calificación jurídica, ofrece una argumentación diferente basada en una interpretación del elemento estructural, es decir referida al tipo de asociación ilícita; interpretación que, como ahora veremos, contradice una propia y consolidada jurisprudencia e incluso puede ser, en algún punto, contraria a la doctrina emitida en esta materia por el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, la referida sentencia del Tribunal Supremo comienza por distinguir tres categorías de «agrupaciones delictivas»: de un lado, la asociación ilícita del art. 173, destinada a combatir formas de delincuencia común y, de otro, aquellas inmersas en el mundo del terrorismo, esto es, la banda armada y la organización terrorista o rebelde a que alude el art. 174, 3.^º. Y he aquí la primera cuestión en que el fallo resulta francamente innovador pues señala, de modo expreso, que estas dos últimas agrupaciones, banda armada y organización terrorista o rebelde, tienen una misma finalidad delictiva —«la subversión del orden social establecido o la derrocamiento del sistema democrático»— y utilizan los mismos medios violentos, pero se diferencian en que las organizaciones terroristas o rebeldes, no las bandas armadas, «implican la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles» (43).

Ciertamente, nunca he tenido claro, al menos hasta la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, que banda armada y organización terrorista tuvieran o hubieran de tener un significado diferente (44). Si partimos de una interpretación histórica, el concepto de banda armada parece identificarse mejor con la asociación ilícita común, al menos con determinadas organizaciones comunes cuya represión quiso equipararse a la de las asociaciones políticas (45). En épocas más recientes, fundamentalmente al inicio del llamado período de transición democrática, nuestra legislación utiliza también con frecuencia la expresión «grupos o bandas armadas» omitiendo generalmente, al mismo tiempo, toda re-

(43) STS de 12 de marzo de 1992, Decimoquinto Fundamento de Derecho.

(44) Obviamente sí la organización rebelde, cuya diferencia con la terrorista no es de estructura orgánica ni de finalidad última sino de actividad delictiva. Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, pp. 213 y ss.

(45) Así, por ejemplo, el famoso Decreto de 1947 sobre bandidaje y terrorismo que, como señalara QUINTANO, únicamente en «extraño maridaje» conductas de signo común y político muy diferentes. QUINTANO, A., «Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal», coordinación y puesta al día E. Gimbernat, Tomo IV, Madrid 1967, p. 96. Sobre la legislación antiterrorista dictada durante el período franquista véase en general mi citado trabajo «Tratamiento jurídico del Terrorismo», pp. 125 y ss.

ferencia al concepto terrorismo (46) lo que, como ya he tenido ocasión de comentar, responde sin duda a un afán despolitizador del terrorismo, propósito que el legislador ha manifestado insistente en los últimos años con el fin de separar este fenómeno del prestigioso concepto de delito político (47).

Por otra parte, hay que constatar que ni la legislación ni la jurisprudencia de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo habían proporcionado un criterio diferenciador de estos conceptos (48) lo que, unido al peligro de que se propiciara una desmedida expansión en la aplicación de la legislación antiterrorista, parecía recomendar una interpretación unitaria u homogénea, es decir, sin reconocer diferencias de finalidad ni de medios delictivos o de estructura entre la banda armada y la organización terrorista.

Sin embargo, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987, se establece un criterio de distinción entre ambos tipos de agrupación delictiva, distinción que, en ningún caso, parece hacerse descansar en la específica finalidad de «infundir terror» como señala el Tribunal Supremo en el caso Amedo (49). Por el contrario, la doctrina del Tribunal Constitucional se asemeja en mayor medida a esa interpretación histórica del concepto «banda armada» a que antes hacíamos referencia, pues señala que la legislación antiterrorista es aplicable no sólo a las organizaciones que actúan con indubitable finalidad política sino también a aquellas que «sin objetivo político alguno... puedan crear una situación de alarma y en consecuencia una situación

(46) Así, por ejemplo, el Real Decreto/Ley 21/1978, de 30 de junio o el Real Decreto/Ley 19/1979, de 23 de noviembre.

(47) Véanse mis trabajos «Tratamiento jurídico...», citado, pp. 163 y ss. y «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», citado, p. 958.

(48) La legislación antiterrorista tipifica la banda armada y la organización terrorista sin definirlas en ningún caso, mientras que la jurisprudencia utiliza indistintamente estos conceptos señalando que por tales debe entenderse «un grupo o pluralidad de personas que se enfrentan al orden sociológico y jurídico establecido constitucionalmente, utilizando para tales propósitos medios idóneos que pueden causar incidencias en la seguridad ciudadana» (Sentencia 58/86 de la Sección 3.^a de la Audiencia Nacional; en similar sentido, entre otras, 11/85 (Sección 2.^a) y 42/86 (Sección 3.^a)).

(49) A nuestro juicio, parece poco acertado que la distinción entre banda armada y organización terrorista resida en el elemento subjetivo de «infundir terror». Al margen de que, en todo caso, infundir terror sea un fin inmediato o instrumental, máxime en la delincuencia terrorista, el terror, como su grado menor, la alarma, es normalmente, más una consecuencia o un efecto del delito que un fin en sí mismo y, desde luego, cualquier actividad delictiva, tanto común como política y tanto individual como organizada, puede generarla pues en la mayoría de los casos ello depende fundamentalmente de la reiteración con que se produzcan los hechos delictivos o de la impunidad o falta de detención de los delincuentes.

de emergencia de la seguridad pública» (50), es decir, a aquellas asociaciones comunes que con su actividad delictiva alcancen los mismos resultados que se proponen las de carácter político, la lesión o puesta en peligro del orden constitucional (51).

Entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la dictada por el Tribunal Supremo en el caso que comentamos parece haber, pues, una importante diferencia; la banda armada es, en un caso, una asociación común cuyo resultado es objetivamente político, mientras que en otro constituye directamente una asociación política aunque, eso sí, carente de «la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles». Con todo, admitida la dimensión política, ya como móvil, ya como resultado objetivo, la distinción no tendría mayor trascendencia en el caso examinado, pues lo que no cabe duda para el Tribunal Supremo es que tanto la banda armada como la organización terrorista «buscan la subversión del orden social establecido» y actúan «con una perspectiva fundamentalmente política en el más amplio sentido». Es decir, que de abandonarse la tesis de la Audiencia Nacional que negaba la relevancia del objetivo político en los G.A.L., la aplicación de los tipos antiterroristas resultaba obligada con independencia de que banda armada y organización terrorista sean cosas iguales o diferentes. De hecho, la propia sentencia del Tribunal Supremo abandona pronto este razonamiento para discutir directamente si los G.A.L. constituyen o no una especie del género indiferenciado «banda armada-organización terrorista».

En efecto, más allá de lo que constituye un *obiter dictum* con discutibles propósitos doctrinales, lo que verdaderamente hace el Tribunal Supremo es diferenciar entre las bandas armadas y organizaciones terroristas de un lado, y las asociaciones ilícitas comunes de otro, pero cifrando la distinción, no en la concurrencia de la finalidad política, sino en la estabilidad, organización y jerarquía de cada una de esas agrupaciones, es decir, en el elemento estructural. En opinión del Tribunal Supremo, tanto las bandas armadas como las organizaciones terroristas «implican una mayor e importante estructura jerarquizada, una mayor consideración de las funciones a realizar y una mayor pluralidad de sujetos intervenientes, nunca transitoria u ocasional»; es decir, una mayor entidad organizativa que no se aprecia en el caso enjuiciado donde lo que existe es, a juicio de la sentencia, «una mera, pero rechazable y re-

(50) STC de 16 de diciembre de 1987, Fundamento Jurídico 4.

(51) Un análisis en mayor profundidad sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en «La última recepción de la legislación antiterrorista...», citado, p. 960 y ss. donde mostrábamos nuestro escepticismo sobre la posibilidad de que una organización de estas características pudiera realmente poner en peligro el orden constitucional. Por cierto que la Audiencia Nacional pudo (pero no quiso) tener en cuenta esta interpretación del Tribunal Constitucional para, no obstante negar el elemento teleológico, aplicar a los G.A.L. la legislación de bandas armadas.

pudiable, asociación que sin mayor esquema organizativo... planeó los objetivos y las finalidades explicadas por la Audiencia» (52).

No procede detallar aquí la, por otra parte consolidada, doctrina legal y jurisprudencial sobre el delito de asociación ilícita; según opinión común, dicho tipo delictivo se diferencia de otras figuras afines —como la conspiración, cuadrilla o asociación transitoria para delinquir— en que requiere «una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de éstos» y esta estructura es la organización. La organización supone, sin duda, un determinado número de miembros, supone también una cierta duración y permanencia, una estructura jerarquizada y, en fin, uno o varios objetivos, pero estos elementos no serán sino «datos o indicios para acreditar su existencia» siendo indudable que la entidad de la organización estará en función de sus necesidades operativas (53).

Partiendo de lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido estimando que la banda armada o asociación terrorista constituye un auténtico supuesto agravado del delito de asociación ilícita (54), agravación que se produce, no en función de que se requiera una mayor estructura organizativa, sino por la relevancia política de las mencionadas organizaciones que es, ciertamente, el único elemento que las diferencias (55). Por consiguiente, entre asociación ilícita común y banda armada u organización terrorista no tiene por qué existir una distinción estructural y sí sólo teleológica; la entidad organizativa, es decir, el número de miembros, su estabilidad, etc., dependerá de las necesidades que plantea la concreta actuación delictiva a realizar y no será infrecuente, en muchas ocasiones, que la realización de determinadas actividades delictivas comunes requieran una mayor organización que las de signo político. En resumen, si los G.A.L. merecían el calificativo de asociación ilícita, merecían también el de banda armada desde el momento en que se apreciase el objetivo de lesionar el orden constitucional; la Audiencia Nacional negó esto último, lo que nos ha pareci-

(52) STS de 16 de marzo de 1992, Decimoséptimo Fundamento de Derecho.

(53) GARCÍA PABLOS, A., «Asociaciones ilícitas en el Código Penal», Barcelona 1977, p. 236 y ss. Del mismo autor véase asimismo, «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas», Capítulo VI de «Estudios Penales», citado, pp. 285 y ss.

(54) Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, pp. 228 y ss. y asimismo, ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo», en C.P.C. n.º 15, 1981, p. 404 y ss. y BAEZA AVALLONE, V., «Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/78 y 82/78», en «Escritos Penales», Valencia 1979, pp. 46-47. Con respecto a la jurisprudencia, además de las sentencias de la Audiencia Nacional citadas en el trabajo de E. MESTRE, «Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional», Madrid 1987, pp. 188 y ss., véase, por todas, la STS de 13 de noviembre de 1984.

(55) Véase, con mayor amplitud, «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, pp. 235 y ss.

do discutible, pero el Tribunal Supremo niega lo primero, lo que resulta sorprendente.

Sin embargo, deja de ser tan sorprendente si tenemos en cuenta la, a nuestro juicio, premeditada oscuridad en que se mueven los dos fallos judiciales a la hora de definir la relación entre los acusados y los G.A.L. Que estos grupos constituyan una asociación ilícita y, en la medida en que se reconozca su finalidad política, una banda armada u organización terrorista, parece fuera de toda duda (56), como lo demuestra el fallo emitido en el comentado «caso Leiba» (57) e incluso un pronunciamiento incidental del Tribunal Supremo donde se habla del «grupo terrorista G.A.L.» (58). También es cierto que Amedo y Domínguez fueron condenados por asociación ilícita, pero ¿en virtud de su pertenencia a los G.A.L.?

He aquí el nudo del problema. Las continuas referencias a los G.A.L. y al papel que desempeñaban los inculpados en relación con dicha organización puede hacer pensar que ese era el objeto del proceso. No ocurre así: la Audiencia Nacional «no da como hecho probado la pertenencia de los acusados al G.A.L.» y consiguientemente «hay que dejar bien claro que ni se están enjuiciando los éxitos o los desaciertos de determinados personajes públicos ni, menos aún, al grupo terrorista G.A.L.» (59). Y, ciertamente, es verdad que la pertenencia de Amedo y Domínguez al mencionado grupo quedaba, en la sentencia de la Au-

(56) Según el Escrito de Alegaciones provisionales del Ministerio Fiscal en la causa contra Amedo y Domínguez, que cita el Informe sobre el G.A.L. de la Comisaría General de Información de la Dirección General de Policía, de fecha 3 de marzo de 1986, el acta de nacimiento de esta organización se vincula al secuestro del subditio español Segundo Marey ocurrido en Hendaya en el mes de diciembre de 1983. Con tal motivo, el grupo hizo público un comunicado donde se daba cuenta de su fundación dirigida a responder a las acciones delictivas de la organización E.T.A. y entre esta fecha y febrero de 1986 se producen hasta 29 atentados con un resultado de 22 muertos y 30 heridos. Aunque el Ministerio Fiscal señala que el citado informe no ofrece datos sobre la estructura organizativa del grupo concluye, no obstante, que «... la similitud y continuidad de circunstancias y características que acompañan a los numerosos atentados llevados a cabo, no parecen mínimamente congruentes con la hipótesis de acciones aisladas y dispersas, sin conexión ni trabazón organizativa alguna. Por el contrario, todos los signos externos apuntan a la imprescindibilidad de dicha trabazón orgánica como apoyatura de la diversidad de operaciones».

(57) La mencionada sentencia, de 27 de mayo de 1988, condena, como ya sabemos, por un delito de asociación terrorista declarando asimismo probado que los procesados «se habían enrolado o integrado en el comando Jaiztubía con intención de encuadrarlo dentro de los Grupos Antiterroristas de Liberación... (que) actuaban de forma concertada y previamente planificada, en cumplimiento de los fines perseguidos por el grupo a que pertenecen».

(58) STS de 12 de marzo de 1992, Fundamentos de Derecho Octavo y Decimo-primer.

(59) *Ibidem.*

diencia, en una cierta nebulosa pues, al sancionar por el delito de asociación ilícita, no se hacía mención expresa a ningún grupo delictivo. ¿Resulta entonces que Amedo y Domínguez han sido condenados por pertenecer a otra asociación delictiva diferente a los G.A.L. y resulta, además, que de haber sido directivos, integrantes o colaboradores de los G.A.L. y no de su «particular asociación» entonces no habría existido dificultad en calificar su conducta como terrorista?

A la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, creo que hemos de contestar afirmativamente, aunque tal conclusión no resiste, a mi juicio, la más mínima crítica. Comenzando por el asunto de la pertenencia de los inculpados a los G.A.L., en los hechos declarados probados se puede leer que los procesados «entraron en contacto con elementos pertenecientes al aparato estable de los GAL», manteniendo entrevistas con miembros destacados a los que propusieron «reclutar gente dispuesta a cometer atentados» y, más adelante, se añade que «los procesados procedieron personalmente a la contratación de ciertos sujetos con algunos conocimientos en el manejo de armas que pudieran actuar como ejecutores de los actos que se describirán, coincidentes con las actividades y fines ilícitos de los referidos grupos antiterroristas» (60). A ello hay que añadir que todos los delitos de atentado por los que se condena a Amedo y Domínguez fueron reivindicados por la mencionada organización antiterrorista como, asimismo, reconoce la propia Audiencia (61). En verdad, resulta difícil creer que una organización clandestina y fuertemente perseguida por la policía se permita dejar en manos de un extraño la realización de todas esas actividades delictivas; y resulta sorprendente que, para el Tribunal Supremo, tales actividades no puedan incluirse en ninguna de las múltiples y heterogéneas figuras de integración-colaboración diseñadas por la legislación antiterrorista. Parece, sin embargo, que Amedo y Domínguez habían creado su propia sociedad, aunque, eso sí, manteniendo frecuentes negocios con los G.A.L.; sociedad que curiosamente les va a servir ahora para aludir la aplicación de la normativa antiterrorista.

Ahora bien, si la sociedad de Amedo y Domínguez se dedicaba a las mismas actividades que los G.A.L., con quienes mantenían tan buenas relaciones que asumían recíprocamente sus atentados, ¿por qué no era la suya también una banda armada u organización terrorista? Ya conocemos la respuesta de la Audiencia Nacional: porque su fin político no era subversivo. También conocemos la solución del Tribunal Supremo: porque dicha asociación se estructuraba «sobre la base de un grupo

(60) Sentencia 30/91, de 20 de septiembre, de la Sección 3.^a de la Audiencia Nacional, Hechos Probados n.^o 1.

(61) En concreto se considera a los procesados autores por inducción de los atentados cometidos en los bares «Batzoki» y «Consolation» declarando su absolución, por falta de pruebas, en el caso del asesinato del Sr. García Goena.

mínimo de dos personas» (62). Por cierto, si, como parece, esas dos personas sólo pueden ser Amedo y Domínguez, ¿por qué fueron condenados como dirigentes y no como fundadores?

En realidad, creo que la argumentación del Tribunal Supremo sólo podía conducir a una consecuencia coherente: anular la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y estimar que los hechos no eran constitutivos de un delito de asociación ilícita, ni terrorista ni común, sino de codelincuencia ocasional. Si realmente los procesados no pertenecían, o no pudo probarse su pertenencia, al GAL, si eran los únicos miembros de la asociación ilícita, y si tampoco pudo probarse que los hechos delictivos se realizaran en función de una estrategia más allá de las concretas acciones delictivas, lo que no nos explicamos entonces es por qué han sido condenados, no ya por el delito de asociación terrorista, sino ni siquiera por el de asociación ilícita común porque, de ser cierto todo lo señalado, el supuesto es claramente de mera asociación transitoria o codelincuencia y ello con independencia de que la finalidad delictiva de defensa del orden constitucional constituya, como aquí hemos defendido, una finalidad política.

V. OBSERVACIÓN FINAL

Pese al título que encabeza este trabajo, no creo que las sentencias comentadas constituyan el mejor instrumento hermenéutico para describir la noción de terrorismo en el Derecho penal vigente; acaso puedan servir justamente de contrapunto o excepción para explicar el comportamiento habitual de los Tribunales en esta materia, y así hemos procurado enfocar el comentario. Pues, en efecto, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo orientan su argumentación con un designio claro: desvincular las actividades de Amedo y Domínguez del fenómeno terrorista y, por ende, de los G.A.L., una entidad bastante fantasmagórica sobre la que las sentencias arrojan muy poca luz; y para ello no dudan en ensayar dos estrategias narrativas y justificadoras que representan novedades absolutas, cuando no contradicciones palmarias con la jurisprudencia precedente. La primera, avalada por la Audiencia Nacional, consiste en introducir sutilezas en el componente político de la lesión del orden constitucional propio del terrorismo, lo que podría conducir a curiosos debates ideológicos en sede judicial. La segunda, propuesta por el Tribunal Supremo, viene a sostener que entre asociación ilícita común y banda armada existe una diferencia de complejidad estructural, jerarquía y planificación, lo que, paradójicamente, viene a ampliar la figura de la asociación ilícita, dado que basta una sociedad al

(62) STS de 12 de marzo de 1992, Decimoséptimo Fundamento de Derecho.

parecer tan elemental como la fundada por los inculpados *al margen* de los G.A.L. para justificar dicha calificación.

Sin embargo, y por distintas razones que ahora podemos omitir, no creo que debamos temer (o confiar) en la generalización de esta jurisprudencia, de modo que, si no media alguna modificación legislativa, el concepto de terrorismo se mantendrá muy probablemente en los términos que actualmente conocemos, esto es, girando en torno a la idea de asociación ilícita que mediante la violencia extrema persigue unos fines o alcanza unos resultados susceptibles de lesionar el orden constitucional. La causa contra Amedo y Domínguez representa así una excepción, aunque sea una excepción ilustrativa de las enormes posibilidades que ofrece el lenguaje jurídico —legal y forense— incluso en una esfera que se supone tan certera y taxativa como la penal.

Breves consideraciones sobre la regulación del delito de desacato en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992

MAITE ALVAREZ VIZCAYA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I.- Introducción. Modelos legislativos en Derecho comparado II.- Problemas que suscita la actual regulación del delito de desacato III.- Soluciones que aporta el Proyecto de Código penal de 1.992. Crítica IV.- A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de que deben ser objeto los sujetos que representan a la Administración pública, los funcionarios públicos, así como los Ministros y demás autoridades, es un tema de gran actualidad. La tradicional figura del delito de desacato ha recibido un aluvión de críticas, que parafraseando a Pizzorusso (1), podríamos calificar de verdadero «ataque en masa», realizado tanto desde los medios periodísticos, afectados en muchas ocasiones por la aplicación de este tipo delictivo, como desde el ámbito científico. Fenómeno que no es privativo de nuestro país, puesto que con anterioridad, otros como Italia, se han visto inmersos en idéntica polémica. Antes de adentrarnos en la problemática que aquí se ha suscitado, creo conveniente aludir, aunque sea sucintamente, a la realidad legislativa de otros ámbitos jurídicos para comprobar cómo se ha resuelto la protección de los funcionarios públicos y autoridades frente a los ataques de carácter vejatorio o cominadorio provenientes de los particulares.

(1) PIZZORUSSO, «*Attaco*», pp. 92-94. Para comprobar lo cierto de la afirmación, consúltese la amplia reseña de los recursos de inconstitucionalidad que se han planteado en Italia contra el delito de «oltraggio» Cfr. GROSSO, «*I delitti*», pp. 317 y ss.

Las distintas legislaciones de los países europeos nos muestran dos modelos de tutela claramente diferenciados entre sí; diferencias que provienen desde su origen y que ponen de manifiesto dos concepciones en la protección de los órganos estatales (1 bis).

En primer lugar encontramos el que podría denominarse *modelo latino*, en el que se integrarían las legislaciones de Francia e Italia. Todas ellas tienen un mismo tronco común, el Derecho romano, ubicándose concretamente el origen del delito de desacato en los delitos de Lesa Majestad (2). Conciben estos ordenamientos las ofensas dirigidas contra la autoridad como un tipo autónomo, desvinculado, al menos hasta cierto punto (3), de los delitos contra el honor, y por ello con un objeto de tutela propio. Interés que gira, generalmente, alrededor de la idea de *prestigio* de la Administración pública como elemento indispensable para preservar su regular funcionamiento, «ratio legis» a la que se encamina la protección penal (4), es decir, el pacífico y fluido desarrollo del ejercicio de la función pública, que podría ser alterado si se permitiese la vejación, el insulto proferido contra quienes la llevan a cabo, cuando se hallan en el ejercicio de sus funciones o la ofensa se produzca con ocasión de las mismas.

Este modelo legislativo ha sido objeto de duras críticas fundamentalmente en Italia (5), debidas, en primer lugar a la, en opinión de algu-

(1 bis) Una amplia referencia a los modelos en Derecho comparado en ALVAREZ VIZCAYA, *Libertad*, pp. 35 y ss.

(2) Sitúan el origen del delito de desacato entre los Delitos de Lesa Majestad, OCTAVIO DE TOLEDO, «*El bien jurídico*», p. 115; CUELLO CALON, *Derecho penal*, T.II, vol. I, p. 167; GARRAUD, *Traité*, p. 536; GARÇON, *Code*, T.I, p. 794; MERLE/VITU, *Traité*, p. 322; PAGANI, «*Oltraggio*», p. 147. Lógico origen común, ya que como señala TOMÁS Y VALIENTE en «*Introducción*», p. 24, por medio de la recepción romano-canónica, estos países poseen un ordenamiento jurídico común desde la Baja Edad Media.

(3) No puede hablarse de total desvinculación, dado que la estructura típica, tanto del delito de *oltraggio* como del de *outrage*, se configura, por una parte, con base en los delitos contra el honor; de otra, las dudas que plantea el interés protegido por éstos, así como su redacción legal, que ubica en ellos las ofensas de carácter privado dirigidas contra un funcionario público. Ello permite la confusión de intereses tutelados y, en consecuencia un ámbito, no sólo colindante, sino en algunas hipótesis solapado con la tutela del honor personal de los funcionarios públicos y autoridades.

(4) *Vid.* por todos PALAZZO, «*Oltraggio*», pp. 850-851; SALTELLI/ROMANO DI FALCO, *Commento*, p. 279; RICCI, «*Oltraggio*», p. 828 y VANNINI, *Quid turis?*, p. 5.

(5) La casi exclusiva referencia a la doctrina italiana se debe a que los autores franceses siguen un sistema de análisis meramente exegético, lo que da lugar a una práctica ausencia de dogmática. Como pone de relieve MIR, «*Dogmática creadora*», pp. 654-657, «En Alemania y en Italia faltó la pronta cristalización política y, consiguientemente, legislativa de las ideas liberales que en Francia tuvo lugar gracias a la revolución de 1789. Ello produjo una importante consecuencia en el terreno de la metodología jurídico-penal. Mientras que en Francia la realización de las concepciones liberales en el derecho positivo permitió ya desde finales del siglo XVIII el paso de un planteamiento metódico iusnaturalista a una estricta vinculación al Derecho vigente (Escuela de la Exé-

nos autores, discordancia existente entre el objeto de tutela de este delito y los valores que se desprenden de la norma constitucional (6); y en segundo lugar, a la excesiva amplitud que se ha producido en la aplicación del ámbito típico amplitud favorecida por la propia letra de la ley. Para constituir el injusto es suficiente que el funcionario (7) se halle en el ejercicio de las funciones públicas o bien que la ofensa se ejecute fuera de su presencia pero con motivo de su ejercicio (8). Con base en esta descripción típica se ha producido, por parte de los tribunales, una interpretación que cabría calificar de amplia. Ampliación que ha venido dada por la vía de considerar que ciertos funcionarios se hallan en el ejercicio permanente de sus funciones, a lo que se añade la utilización de un concepto desmesurado de funcionario público (9). Por ello la doctrina, y no

gesis), en Alemania como en Italia, al hallarse la legislación penal anclada todavía en el espíritu del Antiguo Régimen y en contradicción, por tanto, con la filosofía política del Estado liberal, que se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas, la ciencia hubo de mantener su atención por el Derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época».

(6) El delito de «outrage» proviene del Código penal francés de 1810 y el de «oltraggio» encuentra su antecedente más reciente en el Código Rocco. Es evidente que ambos Códigos responden a un espíritu que se halla bastante alejado de los valores e ideales que pueden desprenderse de los actuales ordenamientos constitucionales de ambos países. De ahí que, fundamentalmente, en Italia se halla producido un fructífero debate sobre la posible inconstitucionalidad de este tipo delictivo; debate que tiene básicamente su origen en las siguientes causas: en primer lugar, al cambio político-cultural que se produce en la década de los sesenta, junto a la creciente sensibilidad del poder judicial por los problemas referentes a la adaptación del sistema jurídico a la realidad constitucional. En segundo, por la proliferación de funcionarios como consecuencia de la progresiva expansión del Estado a, cada vez, mayor número de sectores de la actividad económico-social. Lo que conduce a una ampliación de los sujetos afectados por la conducta típica y en consecuencia, a la sanción de conductas de escaso desvalor social. *Vid.* por todos, PALAZZO, «*Questioni*», pp. 1309-1310.

(7) Aunque las descripciones típicas de los delitos de «outrage» y «oltraggio» hacen referencia a sujetos que no coinciden, estrictamente, con nuestro concepto de funcionario público, esta distinción sería de mayor relevancia a efectos de Derecho Administrativo, sin embargo, en el ámbito del Derecho penal, la inexistencia de dicha coincidencia puede calificarse de irrelevante, puesto que en todo caso aludimos a sujetos que ejercen funciones públicas en el marco de la Administración del Estado.

(8) Las conductas básicas de desacato vienen recogidas en el Art. 341.1 del Código penal italiano: «Chiunque offende l'onore o il prestigio di un pubblico ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni», y en el art. 222 del Código penal francés: «Lorsqu'un ou plusieurs magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, lorsqu'un ou plusieurs jurés auront reçu, dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage par paroles, par écrit ou dessin non rendus publics, tendant, dans ces divers cas, à inculper leur honneur ou leur délicatesse, celui qui leur aura adressé cet outrage sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans. Si l'outrage par paroles a eu lieu à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, l'emprisonnement sera de deux à cinq ans».

(9) BRICOLA, «*Tutela penale*», p. 576.

sólo la doctrina científica sino que a esta propuesta también se ha sumado la Corte constitucional (10), ha planteado su reconducción con base en una serie de criterios intentando una delimitación de la descripción típica que permita a los tribunales una interpretación «más racional» del tipo delictivo.

Así, y en función del mencionado objeto de tutela, se entiende que no es suficiente el hecho de que la ofensa se perpetre cuando el funcionario se halle en el ejercicio de la función pública, sino que además será necesario que aquella se conecte con ésta, lo que Palazzo denomina *nexo de conexión psicológico* (11), es decir, solamente aquellas ofensas ejecutadas con motivo del ejercicio de la función pública —ya sea en presencia o ausencia del funcionario— podrán constituir el injusto típico. Las ofensas e imputaciones de carácter estrictamente privado deberán ubicarse en el ámbito de los delitos contra el honor. A ello se añade una limitación en cuanto al número de sujetos afectados por la conducta típica: únicamente integrarán el tipo aquellos que ostenten la condición de autoridad; así, para Bricola, sólo deberán ser objeto de tutela los miembros pertenecientes a cuerpos políticos, administrativos y judiciales de relevancia constitucional que «ejerciten los momentos más significativos de la soberanía» (12) por ser quienes la representan más directamente; y los agentes de la autoridad, puesto que al ejercer el poder coactivo de la Administración, resultan más expuestos al vituperio y la ira de los ciudadanos (13). En las restantes hipótesis de ofensas dirigidas contra funcionario público, se considera que, dada la extensión que en la actualidad ha alcanzado la prestación de servicios públicos, extender la protección penal a estos sujetos, por vía del delito de desaca-

(10) La Corte Constitucional italiana se posicionó por vez primera frente a los diversos planteamientos de inconstitucionalidad del delito de «oltraggio» en sentencia de 19 de julio de 1968 (n. 109), confirmándose reiteradamente su planteamiento en sentencias de 28 de noviembre de 1972 (n. 165), 14 de abril de 1980 (n. 51), como más significativas. La Corte afirma la constitucionalidad del delito, lo que no empece a que reconozca la necesidad de un cambio en su configuración legal, cambio que adecue el tipo a las exigencias de la sensibilidad político-social de la sociedad actual, claramente diversas de las imperantes en el momento de la promulgación del Código. Como textualmente dice en la primera de las que hemos mencionado: «Compete al legislador decidir si no corresponde al actual estado de la conciencia social y al espíritu informador de la Constitución republicana la exigencia de modificar (...) una materia legal, como la que está en examen, que se resiente mucho de la ideología del régimen en el cual tiene su origen».

(11) PALAZZO, «*Oltraggio*», p. 859.

(12) BRICOLA, «*Tutela penale*», p. 576. Si bien el propio autor reconoce que será necesaria una ulterior concreción de quienes son aquellos sujetos que ejercitan estos momentos más significativos de la soberanía.

(13) BRICOLA, «*Tutela penale*», p. 576. En el mismo sentido FLORA, «*Il problema*», p. 56; PALAZZO, «*Questioni*», p. 1331.

to, resulta ciertamente desmesurado, cuando no poco acorde con el principio de *ultima ratio*.

Opción radicalmente distinta es la que ofrece el que puede denominarse *modelo germánico*. En él pueden agruparse aquellos países como Austria, Suiza y Alemania, en los que el legislador no ha sentido la necesidad de dispensar una tutela diferenciada frente a las conductas ofensivas dirigidas contra los funcionarios públicos, ubicándose éstas, en consecuencia, en el ámbito de los delitos contra el honor de los particulares; es decir, carentes de un bien jurídico propio y diferenciado del honor de los particulares. Tutela diferenciada que como indica Noll, podría asociarse con antiguas reminiscencias del delito de Lesa Majestad, lo que a su entender no se halla en consonancia con la tradición Suiza (14), por ello, no existe diferencia alguna entre la ofensa dirigida a un particular y la dirigida contra un funcionario o una autoridad, aunque este sea el propio Presidente Federal (15). Panorama similar es el que ofrece la legislación austriaca (16) en la que la única diferencia existente en estas conductas se reduce a una mera cuestión de procedibilidad (17).

El Código penal alemán ofrece una regulación un tanto diferente a la acabada de mencionar. Siempre sobre la base común de considerar estas conductas como delitos contra los particulares, prevé en el § 187a un tipo cualificado sobre las conductas básicas contra el honor cuando la ofensa se dirige contra alguna de las personas que se encuentran en la «vida política del pueblo» (18). Parágrafo que se incluyó por la Ley de Reforma penal de 30 de agosto de 1951 (19).

(14) NOLL, *BT*, T.I, p. 249.

(15) NOLL, *BT*, p. 109, éste tendrá que querellarse como un particular, únicamente se aprecian las diferencias propias de cada cantón en cuanto al procedimiento así si el hecho tiene lugar en Zurich deberán dirigirse, ofendido y ofensor, primero al juez de paz para intentar llegar a una conciliación *Cfr. LOGOZ, Commentaire*, pp. 241-242.

(16) Como indica el propio legislador austriaco, en la propuesta de nuevo Código penal, debe efectuarse una «demolición de privilegios» y es por ello que se excluyen esta clase de delitos del elenco de incriminaciones, *REGIERUNGSVORLAGE*, p. 249.

(17) Según prescribe el § 117, cuando el ofendido sea un funcionario público, para la interposición de la querella se deberá recabar el permiso del superior jerárquico.

(18) § 187a: «(1) Wird gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs.3) eine üble Nachrede (§ 186) aus Beweggründen begangen, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(2) Eine Verleumdung (§ 187) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft».

(19) El nuevo parágrafo dio lugar a una cuestión de constitucionalidad interpuesta por el *Landgericht* de Traunstein y que fue resuelta por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 30 de noviembre de 1955 (BVerFGE 4, 325). Los argumentos aducidos sobre su posible inconstitucionalidad eran dos: en primer lugar, se pensaba que

Este término debe interpretarse restrictivamente. Como es evidente, no coincide con el concepto de funcionario público, por tanto no será suficiente con ostentar dicha condición para aplicar el tipo, ni tampoco bastará con tomar parte en tareas de interés público (20). Pueden agruparse en esta categoría las personas que durante un tiempo determinado toman parte en los asuntos fundamentales de la vida política del Estado, en su conformación, en la promulgación de leyes, en las relaciones internacionales, etc... Carece de importancia el hecho de que el sujeto llegue a esta posición de influencia por vía directa —elecciones generales—, o indirecta —a través de nombramiento de autoridad competente—, lo relevante es que su actividad política afecte al desarrollo de la vida en comunidad (21).

II. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA ACTUAL REGULACIÓN DEL DELITO DE DESACATO

La legislación española, en lo que respecta a la protección dispensada a los funcionarios y autoridades por los insultos y menoscabos de que puedan ser objeto, puede incardinarse en el que hemos denominado

con este párrafo se estaría creando un grupo de ciudadanos privilegiados, puesto que disfrutarían de una especial protección de su honor. Especial tutela que colisionaría con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, reconocido en el art. 3.1 de la Constitución alemana. En segundo lugar, se alegaba la dificultad de delimitación y comprensión del término «personas que participan de la vida política del pueblo», ya que su indeterminación expone a interpretaciones arbitrarias y, en consecuencia, puede afectar al principio de seguridad jurídica. El alto tribunal denegó el recurso entendiendo que la protección dispensada por el § 187a no viene motivada por una especial consideración del honor de estos sujetos, sino por el hecho de que la acción ofensiva se lleve a cabo de una determinada manera, es decir, se ejecute públicamente y en relación a la posición del injuriado en la vida pública. La finalidad de la norma se encamina a la protección del sujeto en su obrar público, teniendo en cuenta, que el riesgo de padecer determinadas agresiones contra su honor aumenta considerablemente respecto a ciudadanos particulares.

De otra parte reconoce que si bien la expresión utilizada puede presentar dificultades, la considera suficientemente determinada, a lo que añade que el Derecho penal no «puede renunciar a utilizar conceptos generales, necesitados en mayor medida de una especificación a través del juez», puesto que sin éstos «no podría tener en cuenta el legislador la multiformidad de la vida».

(20) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, *Strafrecht*, § 187a, nm.2; RUDOLPHI, *SK*, T.II, § 187a, nm.3; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, § 187a, nm.2.

(21) Para una amplia enumeración de los sujetos que cabe encuadrar en esta categoría *Cfr.* RUDOLPHI, *SK*, T.II, § 187a, nm.3 y SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, § 187a, nm.3. A modo de ejemplo pueden mencionarse al Presidente de la República, miembros del Gobierno, miembros del Parlamento, y los Magistrados del Tribunal Constitucional.

modelo latino. La regulación del delito de desacato en nuestro vigente Código penal se nos presenta problemática. Ello no sólo por la discusión a que da lugar la cuestión de cuál es el interés jurídicamente tutelado en el mismo, sino también por la complejidad que representa su descripción típica. El hecho de que ésta se constituya con base, preferentemente, en las conductas de injuriar, insultar y calumniar —conductas que configuran los delitos contra el honor de los particulares— da lugar a una colisión, no sólo aparente, con estos delitos. Ello facilita que la discusión en ellos planteada sobre la existencia o no de un dolo específico o especial elemento subjetivo del injusto —*animus iniuriandi*— se traslade a este delito. Asimismo suscita serios problemas la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20 de la Constitución, así como la amplitud de sujetos afectados por la conducta típica. Veamos, aunque sea someramente, cada una de estas cuestiones.

La interpretación del interés jurídicamente tutelado ha girado sobre distintas ideas. Debido a su tradicional ubicación (22), mayoritariamente, se vino entendiendo, fundamentalmente por la doctrina emanada del Tribunal Supremo (23), que el interés tutelado es el *orden público*; orden público que además es entendido en un sentido amplio, haciéndolo equivalente al *orden social* necesario para el pacífico desarrollo de la convivencia ciudadana. Este concepto se halla estrechamente relacionado con la tutela del *principio de autoridad* (24) de tal forma que, en muchas ocasiones, no se especifica cuál es el interés directamente tutelado por la norma (25). Parece que más bien responde a la idea de que lo di-

(22) Desde el Código penal de 1850, en donde se ubica el delito de desacato en el Título III del Libro II «Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público», en su Capítulo III «De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos», y si exceptuamos la Reforma de 1944 y la actual regulación en donde de la denominación del Título desaparece el concepto de orden público, siempre este delito se ha relacionado con el concepto de orden público. Incluso en los Proyectos de 1980 y 1983, retoma dicha ubicación, pasando a denominarse «Delitos contra los poderes y orden públicos». A ello puede añadirse que la falta de desacato siempre se ha situado en el Título relativo a las «Faltas contra el orden público».

(23) A modo de ejemplo, *Cir. SS* de 10 de junio de 1964 (JC 1167); 7 de abril de 1965 (JC 622); 16 de junio de 1969 (JC 1341); 28 de enero de 1970 (JC 91); 13 de noviembre de 1970 (JC 1236). *Vid.* más ampliamente ALVAREZ VIZCAYA, *Libertad*, pp. 125 y ss.

(24) *Vid.* por todos GROIZARD, *Código penal*, T.III, pp. 391 y 473; CUELLO CALON, *PE*, 11.^a ed., T.II, p. 6; RODRÍGUEZ DEVESAS, *PE*, 11.^a ed., T.II, p. 165.

(25) La confluencia de ambas ideas se vislumbra ya tempranamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como pone de relieve la sentencia de 17 de enero de 1.887 (JC 45) en donde manifiesta que «la sanción penal de este acto justiciable, (...), se impone por motivo de orden público y por el respeto debido al principio de autoridad». Doctrina que se ha mantenido a lo largo del tiempo, a modo de ejemplo *Vid. ss.* de 11 de junio de 1958 (JC 639); 16 de noviembre de 1977 (JC 1137); 15 de diciembre de 1980 (JC 1412); 12 de diciembre de 1981 (JC 1475).

rectamente vulnerado con la manifestación ofensiva, sería el principio de autoridad, siendo la finalidad última de protección o *ratio legis*, la salvaguarda del orden público (26) que podría verse menoscabado si se permitiese la realización de estas conductas.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, la penetración de los principios democráticos en la consideración de las funciones de la Administración ha obligado a la doctrina penal a revisar críticamente la validez del concepto de orden público como objeto digno de tutela por el delito de desacato. Esta labor se ha encauzado por dos vías. En primer lugar, sus esfuerzos se han encaminado a la búsqueda de un bien jurídico coordinado con los valores que se desprenden de la Constitución. En este sentido cabe mencionar las propuestas de aquellos autores, como Muñoz Conde, que intentando paliar la amplitud que este concepto de orden público representa y que, precisamente por ello, dificulta la correcta delimitación del ámbito típico, incumpliendo la función básica asignada a este concepto por la dogmática penal, proponen un concepto restringido de orden público, entendiendo por éste «la alteración en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana» (27). De tal forma que, si dicha alteración no llega a producirse, según Octavio de Toledo, estaríamos extramuros del ámbito típico del delito de desacato. Para la sanción de estos supuestos no cabría más que acudir a los delitos contra el honor con la preceptiva aplicación de la agravante prevista en el n.º 16 del art. 10 (28).

Otros autores entienden que lo tutelado es la *dignidad de la función pública*. Dignidad que se desliga completamente del principio de autoridad y, por ello, del orden público, para centrarse en la tutela de las condiciones que permitan un correcto desarrollo de los servicios públicos (29).

(26) Cfr. ANTOLISEI, «*El problema*», pp. 118 y ss., para quien al indagar el objeto de tutela de un delito, generalmente, se resalta y aísla un único bien jurídico, lo que implica una cierta deformación de la realidad, puesto que, el legislador a la hora de redactar la norma penal, ha tenido presentes múltiples intereses. Por ello, en su opinión, sustituir el criterio de «objeto de tutela» por el de «scopo», ofrece una guía más segura en la interpretación de los tipos, ya que en los casos problemáticos, es decir, cuando varias normas protegen idéntico bien jurídico, las dudas pueden ser eliminadas si se analiza la finalidad perseguida por aquél con su incriminación. Para este autor, ello se debe a que la finalidad nunca falta en la norma, lo que no puede predicarse del objeto de tutela.

(27) MUÑOZ CONDE, *PE*, p. 674. Si bien el propio autor matiza que «Este concepto restringido de orden público no es estrictamente tenido en cuenta por el legislador, al regular esta materia, ya que en algunos delitos de este grupo (especialmente en los desacatos) se utilizan otros criterios que nada tienen que ver con él.»

(28) OCTAVIO DE TOLEDO, «*El bien jurídico*», p. 134.

(29) En este sentido y, como propuesta de «lege ferenda», MUÑOZ CONDE, «*Delitos*», p. 177, nota 32, quién mantiene que «en los delitos de atentado y desacato se protege sólo de un modo indirecto el orden público entendido como tranquilidad en las manifestaciones colectivas, siendo fundamental, guste o no, el ejercicio y la dignidad de

Por otro lado, aunque esta postura pueda parecer totalmente novedosa la idea ya fue sugerida, en 1949, por Jaso Roldán quien, en patente disconformidad con la doctrina y jurisprudencia dominantes en la época, mantuvo que tanto el atentado como el desacato «son delitos que atacan el *normal funcionamiento de la vida del Estado*, que exige que las personas que aparecen como titulares de sus órganos, en cuanto tales, gocen de una especial protección, derivado del hecho de que estando encargados de la ejecución de las leyes en sentido amplio, es frecuente su contacto con la esfera de los intereses de los particulares y que, como consecuencia de su función, lesionen los mismos, siendo necesario ponerlos a cubierto de las reacciones de los que, sintiéndose agraviados, reaccionan, no por las vías legales, sino ilegítimamente y a veces de forma peligrosa» (30).

Un segundo planteamiento, realizado en muchas ocasiones por los mismos autores, conduce, a través de un replanteamiento crítico del sentido del delito de desacato, a proponer de *lege ferenda* la descriminalización de estas conductas por considerar que el posible bien jurídico tutelado no se halla necesitado de protección penal, en definitiva, estas conductas no se adecuan al principio de *ultima ratio* que debe informar al Derecho penal (31).

Por otra parte, hay que señalar, que las posturas comentadas se adecuan a cada uno de los dos modelos legislativos a los que se ha aludido anteriormente. La primera de ellas, partiendo de la permanencia (32) del tipo penal

la función pública.» (Subrayado del autor). Aquí también cabría incardinarn la tesis mantenida por VIVES ANTÓN. Este autor, a diferencia de MUÑOZ CONDE, entiende que el delito de desacato es un delito pluriofensivo, donde se tutela la dignidad de la función y el honor del funcionario público, VIVES ANTÓN, *PE*, p. 161.

(30) JASO ROLDÁN, *PE*, T.II, p. 92. En el mismo sentido, BUSTOS, *PE*, p. 489; QUERALT, *PE*, p. 565, si bien este autor hace referencia a la *capacidad de prestar servicios* que posee el Estado como objeto de tutela, no creo que exista dificultad alguna en asimilar este concepto al de regular funcionamiento de los servicios públicos; OCTAVIO DE TOLEDO, «*el interés protegido*», p. 103; MORILLAS CUEVA, «*El art. 20*», p. 684. Estos dos últimos autores entienden que este sería de *lege ferenda* el interés a tutelar.

(31) Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, «*pervivencia*», p. 183, para quien «el delito de desacato parece más un *refuerzo de sumisión* que una protección de la dignidad de la función, que por demás entiendo innecesaria en ese modo». En el mismo sentido de descriminalizar estas conductas BERDUGO, *Honor*, p. 90; MORILLAS CUEVA, «*El art. 20*», pp. 684-85 y 689-90; OCTAVIO DE TOLEDO, «*El bien jurídico*», p. 133; El mismo, «*De nuevo*», p. 126; QUERALT, *PE*, vol. II, p. 642.

(32) Buena parte de la doctrina se halla más predisposta a mantener la descriminalización de estas conductas, sólo que, quizás en atención al principio de conservación de las normas, intenta hallar de *lege lata* una explicación plausible del delito, buscando un interés de tutela que permita su adecuación no sólo a los actuales valores imperantes, sino que además sea capaz de cumplir las exigencias de los principios de *ultima ratio* y de subsidiariedad del Derecho penal. En mi opinión, ante la dificultad que esta labor implica dada la estructura típica del delito y su ubicación sistemática, que en muchas oca-

pero adecuando tanto su espíritu como la letra de la ley a los valores que se desprenden del actual sistema constitucional, se acerca al denominado modelo latino, en el que por origen histórico parece que puede encuadrarse, al menos en lo que al delito de desacato se refiere, la legislación española. La segunda, sin embargo, manteniendo la derogación del delito, se acerca, inexorablemente, al modelo germánico, bien en su modalidad más «igualitarista» —Suiza y Austria—, bien concediendo la creación de una figura cualificada sobre los delitos contra el honor, cuando la conducta se dirija contra una autoridad —sistema alemán—.

Como ya indicamos, no es el bien jurídico el único problema que plantea el desacato. Si bien es cierto que éste es el elemento nuclear del delito y el que posibilita la correcta delimitación del ámbito típico, no es menos cierto que las críticas más acerbas se han centrado en su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión. Colisión que se produce por la lábil interpretación que su actual redacción permite. El hecho de que la descripción típica se conforme, básicamente, con las conductas que a su vez constituyen los delitos contra el honor, permite el solapamiento de estos ámbitos delictivos. Así, ante una manifestación de carácter calumnioso (por ejemplo, la imputación de una malversación de fondos públicos dirigida contra un funcionario público), aún demostrando la veracidad de la misma, lo que por la propia estructura de la calumnia daría lugar a la atipicidad de la conducta, se convierte ante la existencia de un dolo específico «ánimo de vejar el principio de autoridad» (33), en una injuria y, en consecuencia, en una conducta típica de desacato. De ahí que no constituya una falacia la afirmación de que este delito se constituye en una mordaza a la libertad de expresión (34).

siones conduce a un esfuerzo que puede parecer estéril, la doctrina, en una declaración de auténtica sinceridad, propone aquello que verdaderamente subyace en su pensamiento: la despenalización de estas conductas. Un único motivo es el que mueve a esta tajante afirmación: la incapacidad del interés tutelado propuesto de delimitar el contenido de injusto.

(33) La exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto, necesario para conformar el tipo subjetivo en el delito de desacato o «ánimo de vejar a la autoridad» es reconocido por la doctrina, aunque por distintas razones. Así, parece que algunos autores hacen derivar su exigencia de la estructura del delito, basada, como es sabido, básicamente, en los delitos contra el honor. Su influencia en la interpretación del delito sería tal, que esa especial característica, que generalmente se predica de la injuria —*animus iniuriandi*— se trasvase a éste. *Vid. CUELLO CALON, Derecho penal, T. II, vol. I, p. 174 y PUIG PEÑA PE, 7.^a ed.), p. 118; QUERALT, PE, vol. II, p. 644.* Razones distintas mueven a otros autores como MORILLAS CUEVA, para quien la necesidad de este *animus* no obedece tanto al influjo de los delitos contra el honor, sino más bien al deseo de imponer cortapisas a la desmesurada interpretación de que ha sido objeto este delito; así, si la persona que profiere las expresiones injuriosas no obra movida por esa intención de perjudicar a la autoridad no incurrá en desacato, sino simplemente en un delito contra el honor, «*El art. 20*», p. 686. Para una amplia referencia sobre el problema del tipo subjetivo cfr. ALVAREZ VIZCAYA, *Libertad*, pp. 240 y ss.

(34) Limitación que se refuerza con la tradicional inadmisión de la figura de la *exceptio veritatis* a este delito, Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, PE (9.^a ed.), p. 826, si bien es

Si a ello unimos que el originario *telos* normativo se halla, a mi entender, absolutamente desvirtuado (35) por razón de la amplitud que se puede atribuir al término *funcionario público*, no cabe más que concluir que la reforma de este delito es una tarea inaplazable para el legislador. Veamos a continuación cómo la ha abordado en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal.

III. SOLUCIONES QUE APORTA EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992. CRÍTICA

La propuesta que el legislador penal ofrece, en este nuevo Proyecto de Código penal de 1992, parece alejarse, al menos en primera instancia, de los dos modelos legislativos a los que hicimos referencia para adoptar la tesis tradicional mantenida tanto por el legislador del XIX, como por la doctrina de la época, es decir, considerar el *orden público* como el objeto de protección del tipo. Así parece desprenderse de la ubicación del delito en el Título XIX «Delitos contra los poderes y orden públicos» (36), retomando antiguas denominaciones de la legislación precedente.

El legislador ha tenido en cuenta las múltiples críticas de que ha sido objeto este delito, fundamentalmente, las encaminadas a poner de relieve la excesiva amplitud del ámbito típico, pasando a considerar exclusivamente como desacato aquellas conductas de carácter vejatorio o conminatorio dirigidas contra una autoridad o un funcionario público cuando éstos se hallen en el ejercicio de sus funciones y la acción se ejecute en su presencia. La posibilidad de delito, como hecho típico de desacato, cuando la injuria, calumnia o amenaza sean proferidas fuera de su presencia y con ocasión del ejercicio de sus funciones queda excluida, lo que permite afirmar que la figura «deja de constituir un límite penal a la libertad de información» (37).

Por otra parte la propuesta legislativa parece alejar, definitivamente, cualquier sombra de duda sobre la posible tutela, en estos delitos, del honor de los funcionarios públicos o autoridades. Ello se desprende de su insistencia en la ubicación sistemática de esta figura y de la propia

cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido admitiendo paulatinamente su aplicación.

(35) Inicialmente la tutela dispensada por el delito de desacato se hallaba prevista para aquellos sujetos que se encontraban cercanos al poder —la autoridad—, no alcanzando a los funcionarios públicos. Su inclusión en el ámbito típico da lugar en la actualidad a que el número de sujetos potencialmente afectados por la conducta sea ingente, lo que en mi opinión desvirtúa el sentido que pudiese tener el delito ya en sus orígenes más remotos —Delito de Lesa Majestad—, como forma de protección de los órganos que representaban el poder real y, en consecuencia, al rey mismo; ya posteriormente, cuando la figura del rey es sustituida por el Estado.

(36) Denominación que se toma de los Proyectos de 1980 y 1983 sólo que, a diferencia de estos, aquí varía notoriamente la redacción del tipo.

(37) *INFORME*, p. 185.

declaración del legislador en la Exposición de Motivos, en la que expresamente manifiesta que cuando «el funcionario afectado quiera, en cuanto ciudadano, ejercer la acción penal por el delito del que haya sido víctima (calumnia, injuria, amenaza)» ello le será permitido, es decir, se contempla expresamente la posibilidad del concurso ideal de delitos (38). A pesar de que se omite cualquier mención a la misma, parece obvio que si le está permitido al funcionario querellarse por un delito contra el honor, también podrá tener acceso a la protección que brinda la vía civil a través de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo.

Ahora bien, si esta reforma puede ser loable por lo que supone, al menos *prima facie*, de restricción de un ámbito típico absolutamente desmesurado y que propicia la inseguridad jurídica, quizás un análisis mesurado de la misma no conduzca a soluciones de las que cabría felicitarse.

Si lo que se pretende tutelar efectivamente es el orden público, la primera cuestión a resolver será la de qué debe entenderse por éste. Esta conexión con el orden público, según se afirma en el Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (39), se establece con su concepción estricta. Puede entenderse que se hace referencia no a la cláusula genérica de orden público —excesivamente indeterminada para delimitar correctamente el injusto— sino al concepto de orden público de carácter restringido ya aludido, y sostenido por Muñoz Conde, enten-

(38) A pesar de esta afirmación no queda claro si nos encontramos ante una mera declaración de intenciones o ante una realidad normativa. En la mencionada Exposición de Motivos se declara expresamente que se podrá acceder a la acción penal por un delito contra el honor de los particulares ya que es una «posibilidad que expresamente se contempla y que el derecho vigente desconoce», pues bien, salvo error u omisión por mi parte, no he encontrado en el texto legal disposición alguna en la que expresamente se prevea la mencionada acción legal. Omisión que de ser cierta, permitiría resucitar, una vez más, idéntica polémica a la que suscita la legislación actualmente vigente relativa a la posibilidad o no, por parte del funcionario, de querellarse como particular afectado en su honor. Cuestión que excede con mucho del ámbito procesal, puesto que en definitiva lo que en ella subyace es la posibilidad de que nos encontremos ante un delito pluriofensivo en el que no se tutela exclusivamente un bien jurídico de carácter institucional —independientemente de por cuál se opte—, sino que a éste habría que añadir el honor del funcionario público como sujeto particular y desposeído de esta condición.

Todo ello sin mencionar la cuestión relativa a la pena que se impondrá al autor del hecho de encontrarnos ante un concurso ideal de delitos. Penalidad que a mi entender resulta excesivamente grave en atención al desvalor de acción llevado a cabo por el sujeto. En este punto también encontramos discordancias entre el texto legal y la Exposición de Motivos. En ésta expresamente se declara que la pena correspondiente al delito de desacato «se determina tomando como base la correspondiente infracción contra el honor o la de las amenazas, a cuya penalidad se añade una multa», pero cuando acudimos al texto normativo, sorprendentemente, hallamos que en el n.º 2 del art. 507 se declara que «A los reos de desacato se les impondrá la pena de la correspondiente infracción común, en su mitad superior, y si la misma no tuviere señalada pena privativa de libertad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año».

(39) *INFORME*, p. 185.

diendo por tal «la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana». Ello puede conducir a soluciones diferentes: en primer lugar, si consideramos el desacato como un delito de lesión, siempre y cuando no se produjese la alteración en las mencionadas manifestaciones de la vida ciudadana nos encontraríamos ante una conducta atípica como desacato. En caso de producirse dicha alteración podría plantearse, en muchas ocasiones, un problema de concurso, que en una primera aproximación podría ser de leyes, entre estas conductas y el delito de desórdenes públicos. Ahora bien, de una somera comparación entre este delito y el de desacato se desprende una notoria diferencia: en los artículos 509 y siguientes se exige en la descripción típica la producción de un tumulto, de una alteración que sean idóneos para alterar o turbar gravemente la paz pública o los actos públicos; en definitiva, nos encontramos ante conductas aptas para la alteración del orden público (40), mientras que en el delito de desacato no se exige directamente la producción de un altercado de estas características para configurar el injusto típico, lo que pone en cuestión si efectivamente es el orden público el interés directamente tutelado por esta norma penal.

En segundo lugar, considerándolo como un tipo de peligro, que cabría caracterizar, siguiendo la terminología de Torio, como delito de peligro hipotético (41), sería suficiente para configurar el tipo de injusto, que la acción ofensiva o conminatoria implice un peligro para el orden público (42). Posibilidad, que a mi entender debe descartarse, ya que

(40) Aquí el legislador, a mi entender, está manejando un *concepto material, o restringido de orden público*, es decir, se intenta la tutela del orden en la calle, de la tranquilidad de la vida en comunidad. Concepto que difiere del que podría denominarse *orden público formal, o amplio*, que hace referencia al orden general de la sociedad. Sobre la evolución y distinción de ambos conceptos Cfr. IZU BELLOSO, «*Los conceptos de orden público*», pp. 234 y ss. Sobre lo que debe entenderse por «orden público en la calle» y sus implicaciones en lo que podría denominarse política penal de orden público, Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «*Crítica de la política*», pp. 51 y ss.

(41) Descartamos hallarnos ante un delito de peligro abstracto dado que éstos se configuran como acciones generalmente peligrosas, según un juicio de experiencia, para determinados bienes jurídicos, pero que no necesitan generar específicamente un peligro en la situación concreta. Como pone de relieve ROXIN, *Política criminal*, p. 51, los delitos de puesta en peligro «sólo se justifican dogmáticamente cuando fallos de comportamiento exclusivamente, sin consideración a las consecuencias, conmocionan tan fuertemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social sólo puede suprimirse a través de la pena.» En los delitos de peligro hipotético es necesaria «la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador.» TORIO, «*Los delitos de peligro*», p. 838.

(42) La estructura de los delitos de peligro hipotético responde a lo que Torio denomina una «realidad tridimensional»: en primer lugar, nos encontramos ante un «momento lógico» en el que se describe la acción relevante para el Derecho penal en el sentido de cumplir el principio de legalidad; un segundo momento estaría constituido por la idoneidad de la acción para producir un peligro al objeto de protección, peligro, que a diferencia de los tipos de peligro concreto, debe caracterizarse como «probabilidad

únicamente en determinados supuestos de desacato, generalmente los producidos ante los agentes de la autoridad y, sólo en algunas ocasiones, la acción sería idónea para generar ese potencial peligro al orden público, es decir, apta para generar una posible alteración o turbación de la paz pública.

Parece más lógica la opción según la «que aun descontando el peligro para el orden público, la figura comporta una *lesión* del buen funcionamiento de la función pública que justifica constitucionalmente su especificidad» (43). Es decir, cabría concebir el desacato como una figura, cuyo interés *inmediatamente* tutelado sería el *regular funcionamiento* de los servicios públicos (44), y cuya *ratio legis*, o *última finalidad* de protección, estaría constituida por la salvaguarda del *orden público*. Aquí podría entenderse la referencia al concepto de orden público en su sentido formal o amplio, aquél imprescindible para el buen funcionamiento de la vida social. Concepto genérico aplicable a casi todos los delitos y, por ello, imposibilitado de caracterizarse como objeto de tutela directa (45).

Estas consideraciones ponen de nuevo en conexión el tipo legal con las últimas aportaciones de la doctrina penal española en cuanto al interés tutelado por este delito. En consecuencia, si la conducta llevada a cabo por el autor no lesionara ese regular funcionamiento de la función pública deberíamos concluir que la conducta es atípica como desacato. Seguiría vigente, en todo caso, un delito contra el honor, que pasaría a ser contra los particulares. Piénsese en la siguiente hipótesis: el particular que se dirige, cuando se halla en el ejercicio de sus funciones, a un

de un daño o lesión» y, en tercer lugar, hallamos una dimensión normativa o valorativa. Momento axiológico en el que debe valorarse la idoneidad, según juicio «*ex ante*», de la acción para la producción del peligro y su contradicción con el tipo penal. TORIO, «*Los delitos de peligro*», pp. 839 y ss.

(43) *INFORME*, pp. 185. Bien es cierto que el Consejo se muestra vacilante en cuanto a la estructura del tipo, pues si como he indicado habla de lesión del buen funcionamiento de la función pública a continuación añade: «Parece claro que en los supuestos previstos en el tipo, se da ese peligro para la función pública que fundamenta la especificidad», luego no queda claro si nos encontramos, en su opinión, ante un tipo de lesión o de peligro.

(44) Entiendo más correcta la expresión *regular funcionamiento* de la Administración, siguiendo a Bricola, que la de «buen funcionamiento», dado que ésta última implicaría, de un lado, el óptimo funcionamiento de las instituciones, cosa deseable pero utópica; y de otro, porque el buen funcionamiento es un principio exigible a cualquier tipo de organización, ya sea pública o privada. Por ello, regular debe hacerse sinónimo de *eficacia e imparcialidad* en la gestión de los recursos públicos, es decir, máxima adhesión al interés público. Cfr. BRICOLA, «*Tutela Penal*», p. 569.

(45) Esta concepción del orden público difiere de lo que se ha venido entendiendo como cláusula general de orden público o, lo que en expresión de Martín Retortillo se denomina *orden público trivializado*, concepto desorbitado que se deriva de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y que amplia notoriamente la lista de actos contrarios al mismo, Cfr. MARTÍN RETORTILLO, *La cláusula de orden público*, p. 44.

funcionario insultándole por el, a su juicio, mal funcionamiento del servicio y el funcionario no prestándole atención continua con su labor. Aquí, en todo caso, podría hablarse de un peligro para el fluido desarrollo del servicio pero no de su alteración, luego la conducta podría calificarse como atípica, desde la perspectiva del desacato, pero cabría la interposición de una querella por ser atentatoria del honor del sujeto.

Sin embargo, antes de finalizar con esta sucinta referencia al objeto de protección es necesario mencionar cuál parece ser la opinión del legislador, manifestada en la Exposición de Motivos del Proyecto. Este entiende que «El desacato entraña una *perturbación del necesario sometimiento al Estado de Derecho* (46), que en el atentado es física y aquí verbal, pero cuya impunidad, en el plano político-criminal, daría lugar a hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes.» En mi opinión, caben distintas interpretaciones de este párrafo, en función de dónde hagamos recaer el acento de la argumentación: en primer lugar, puede que se este haciendo referencia —«sometimiento al *Estado de Derecho*»— al concepto de orden público en sentido formal, es decir, al orden general de la sociedad necesario para la convivencia y desarrollo de la misma. Los ciudadanos deben someterse a los límites que impone el Estado de Derecho, lo que les permite desarrollar sus actividades en la comunidad. A este respecto cabe reproducir idénticos argumentos a los utilizados anteriormente, este concepto bien de orden público formal, bien de sometimiento al Estado de Derecho no nos es útil como bien jurídico o interés digno de tutela dado que por su amplitud no es capaz de delimitar correctamente el ámbito del injusto, a lo debe añadirse que desde esta perspectiva este interés podría predicarse de todas y cada una de las infracciones recogidas en el Código penal (47).

Se deduce una segunda posibilidad si hacemos recaer el peso de la argumentación en el término «*sometimiento*», éste posee ciertas connotaciones que cabe asociar a lo que tradicionalmente un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha denominado principio de autoridad. En la idea de sometimiento a la autoridad establecida subyace un pensamiento autoritario que podría caracterizarse por el acatamiento acrítico a las decisiones tomadas por aquella, en definitiva, por un mero asentir a todo aquello que provenga de la autoridad. No parece acorde esta tutela pretendidamente dispensada por el desacato con el modelo de Administración prestacional que caracteriza, o debiera caracterizar según se desprende de la Constitución, a la Administración española.

(46) El subrayado es mío.

(47) En todo caso estaríamos ante un interés de protección mediata. Cabría hablar de orden público formal como *ratio legis* o en la terminología de ANTOLISEI como «scopo» o fin último de protección del delito. Cfr. nota 26.

Por último, una tercera solución interpretativa sería la que que proviene de hacer hincapié en la frase «*hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes*», aquí parece que el legislador está pensando en el desarrollo de las tareas administrativas, es decir, en posibilitar la tutela del regular funcionamiento de la Administración.

Cuestión distinta, pero no menos relevante, es la relativa a los sujetos afectados por la conducta típica (48): esta recae sobre cualquier autoridad, funcionario público o agente de la autoridad, lo que vuelve a poner de manifiesto idénticos problemas a los que plantea la actual redacción del desacato. El ámbito típico de este delito se ve desbordado por razón del aumento del número de posibles sujetos afectados por la conducta típica. A este respecto cabe señalar dos cuestiones estrechamente relacionadas entre sí, pero de distinto carácter: en primer lugar la que hace referencia al número de sujetos afectados por las acciones ofensivas o conminatorias; y, en segundo, la relativa a la importancia o clase de funciones que los mismos llevan a cabo.

Por lo que respecta a la primera cuestión, casi no es necesario señalar, por evidente, que el número de funcionarios públicos que hoy día integran la Administración Pública ha sufrido un incremento que desborda, con mucho, cualquier previsión que hubiera podido hacerse hace escasas décadas. Si a ello unimos que el actual modelo de Estado se caracteriza por la asunción de una serie de servicios que según concepciones del liberalismo clásico se entendían como privados —sanidad, enseñanza...—. Obtenemos como consecuencia una ampliación del ámbito típico que nos conduce a cuestionar si en realidad, en la mayoría de situaciones que teóricamente pueden encuadrarse como desacato se produce una afectación al bien jurídico tutelado. Afectación, que se vislumbra tan remota, que político criminalmente se demuestra innecesaria la sanción penal para estos supuestos, sin olvidar la ineludible referencia al principio de *ultima ratio*. Es evidente que injuriar a un funcionario perteneciente al servicio de limpieza municipal puede alterar, aunque sea momentáneamente, la ejecución de su tarea. Ahora bien, ¿debe considerarse esta conducta suficientemente relevante como para ubicarse dentro del ámbito típico del delito de desacato? O formulado de otra forma ¿cómo entender que el sujeto con su acción crea un riesgo ilícito de entidad suficiente como para lesionar el interés jurídicamente tutelado?

A mi entender este tema se halla indisolublemente unido a la clase de funciones que ejecutan los mencionados funcionarios. Al caracteri-

(48) La falta de alusión, que en principio parecería más correcta, al sujeto pasivo, al titular del bien jurídicamente protegido, es una omisión consciente, puesto que si éste debe delimitarse en función del interés tutelado, en este caso, e independientemente del bien jurídico que se entienda protegido, el sujeto pasivo de la conducta será siempre la Administración pública, por ello es preferible utilizar la expresión sujetos afectados por la conducta típica que la de sujetos pasivos.

zarse la Administración como prestadora de servicios, cabe plantear si realmente es necesario ampliar el ámbito de protección a todos los funcionarios que llevan a cabo el ejercicio de los servicios públicos, o por el contrario, esta especial tutela debiera restringirse, de algún modo, a aquellas funciones más relevantes, o ligadas de especial manera a los poderes tradicionales del Estado y, en consecuencia, únicamente a los funcionarios o autoridades que los ejecutan, quedando los sujetos restantes, a estos efectos penales, bajo la consideración de particulares. No tenemos más que pensar en la injuria dirigida a un profesor universitario que ostenta la categoría de funcionario público, cuando se encuentra en el efectivo ejercicio de sus funciones, e idéntica conducta ejecutada también contra un profesor que ejerce sus funciones en una Universidad privada no ostentando, en consecuencia, tal categoría, y en ambos casos achacándoles su deficiente conocimiento de la materia que imparten. El desvalor que dicha conducta produce es, en mi opinión, en ambos casos idéntico, no comprendiendo la oportunidad de deslindar ambas acciones en responsabilidades penales distintas —delito de desacato, en el primer supuesto y, delito de injuria, en el segundo—, por el mero hecho de que en un caso el sujeto se encuentra actuando como funcionario público y en el otro como particular.

Podría cuestionarse si desde la perspectiva del regular funcionamiento de la Administración, como interés tutelado, estas actuaciones de los particulares no obstaculizan de «algún modo» el normal desenvolvimiento del desarrollo de los servicios públicos. La respuesta debe ser, sin lugar a dudas, afirmativa, pero ello no debe entrañar que la respuesta que se de a estos casos tenga que ser forzosamente la vía penal, ni tampoco exclusivamente la tipificación de estas conductas como desacato porque también es una utopía que un servicio —público o no— funcione sin alteración alguna —otra cosa es la gravedad de las alteraciones en cuestión—.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la ausencia de definición legal del concepto de «agente de la autoridad», concepto que únicamente fue definido en el Código penal de 1928 (49), y aunque tal hecho no tiene en principio mayor trascendencia, ya que, como entiende mayoritariamente la doctrina, para ostentar la categoría de agente de la autoridad se debe ser «funcionario público», es decir, cumplir los requisitos de

(49) Artículo 213 del Código penal de 1928: «Para los efectos penales se reputará Autoridad quien, por sí solo, o como miembro de alguna corporación o Tribunal, ejerza jurisdicción propia.

Se reputarán también Autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Se considerarán agentes de la Autoridad no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la provincia o el Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y, en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegada de ésta, se exprese el carácter de tal agente».

nombramiento a ellos exigibles (50), si parece deseable que una vez especificados los conceptos de autoridad y funcionario público a efectos penales, lo fuese también esta categoría, lo que evitaría posibles confusiones a la hora de delimitar quien la ostenta. A lo que debe añadirse que se evitarían los problemas que pudieran suscitarse de cara al error de tipo.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conviene por último, que a modo de conclusiones recapitulemos sobre las ideas que hemos ido exponiendo. El Derecho penal pretende la protección de bienes jurídicos concebidos como intereses básicos del individuo o de la sociedad necesarios para el desarrollo de todas las personas, de aquellos intereses necesitados de tutela, ante los ataques más graves dirigidos contra los mismos. Por ello sólo aquellas conductas que contengan un alto grado de lesividad para un determinado bien, serán objeto de atención por parte del ordenamiento jurídico penal.

En este contexto, es cuestionable la figura del desacato que se configura como el último peldaño en una escala de protección que el Código penal español dispensa a una serie de sujetos y órganos, en razón de la especial relevancia que los mismos ostentan en el conjunto de las Instituciones democráticas. La pregunta que aquí cabe hacerse es si efectivamente esta protección penal debe extenderse a todos y cada uno de los miembros de los órganos institucionales del Estado, o por el contrario esta tutela privilegiada únicamente debe dispensarse a aquellos verdaderamente relevantes para el funcionamiento del sistema democrático.

La protección otorgada por el legislador puede interpretarse desde dos vertientes distintas: de un lado, quiere sancionar estas conductas debido a que los sujetos a quienes se dirigen las expresiones vejatorias son funcionarios públicos: la tutela se dispensaría con base, exclusivamente, en el cargo que ostentan. Un segundo punto de vista lo constituiría, la pretensión de proteger la función que estos sujetos llevan a cabo, es decir, la función pública en general.

En la primera de las hipótesis no cabe otorgar una mayor tutela penal a estos sujetos por el hecho de que se hallen revestidos de la condición de autoridad o de funcionario público, puesto que ello generaría

(50) *Vid.* en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, p. 1129; CEREZO MIR, «*Los delitos de atentado*», p. 321; QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios*, p. 69; QUERALT, «*El concepto Penal*» p. 507; EL MISMO, *PE*, vol. II, p. 575. En contra ORTS GONZÁLEZ, *El delito de usurpación*, p. 67, para esta autora los agentes de la autoridad no deben ostentar, necesariamente, la categoría de funcionarios públicos, «Es más, en principio, genuinamente el agente de la autoridad no es funcionario público, por cuanto, no requiriendo la cualidad de funcionario público, integra aquélla una categoría conceptual distinta y autónoma respecto a ésta».

una desigualdad en el trato dispensado respecto a los ciudadanos particulares de difícil justificación (51).

Desde la segunda de las perspectivas, el objeto de tutela se centraría en el necesario respeto al ejercicio de la función pública, condición indispensable para que estos sujetos puedan ejercerla regularmente y sin interrupciones; en definitiva, posibilitar las condiciones necesarias de dignidad que faciliten un fluido y pacífico ejercicio de los servicios públicos. El hecho de que la tutela penal se dirija a la función y no a las personas que la encarnan, consigue eludir el problema que se plantearía de cara al principio de igualdad.

Según esta última línea de tutela deberían considerarse como delictivas estas conductas cuando se dirigen contra cualquier funcionario público, si realmente ante cualquier vejación dirigida contra éstos se conmueve el mencionado regular funcionamiento. Pero podemos plantearnos si éste interés, cuando encarna en los funcionarios públicos, es suficientemente relevante como para ser objeto de atención por el Derecho penal; si es necesario usar el instrumento coercitivo por excelencia para asegurar el regular funcionamiento de la función pública cuando los sujetos afectados son estos últimos.

Es representativo acudir a la regulación establecida en otros ordenamientos jurídicos continentales para comprobar que países con estables sociedades democráticas (Suiza, Austria, Alemania) carecen de una regulación penal específica al respecto. Al parecer consideran que el respeto hacia los poderes públicos no es necesario sustentarlo a golpe de Código penal. Y no por ello en estos países los poderes públicos dejan de gozar de la confianza y el respeto de los ciudadanos.

Luego no parece deducirse la *necesidad* de protección penal del que se denomina «regular funcionamiento de la Administración», al menos desde esta configuración, puesto que en la inmensa mayoría de las situaciones, la acción llevada a cabo por el autor no hará peligrar dicho funcionamiento, ya que por su alteración no cabe entender la paralización momentánea y breve del mismo, sino únicamente aquellas situaciones que conduzcan a un anormal funcionamiento del servicio público. A ello puede añadirse que debido a la inmaterialidad del interés tutelado, se hace prácticamente indemostrable averiguar cuándo éste es efectivamente conculcado.

No puede dejar de constatarse que la realidad cotidiana ofrece múltiples muestras de ataques furibundos, dirigidos contra miembros del Poder Ejecutivo y del Legislativo, que precisamente por la clase de funciones que ejercen se ven sometidos, en mayor medida, a la crítica de los ciudadanos, llegándose en ocasiones a la vejación personal y, sin embar-

(51) Ello podría colisionar, con la igualdad contemplada como valor superior del Ordenamiento Jurídico en el art. 1.1.^º, sino con el mandato constitucional recogido en el art. 14, que proclama la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, planteándose la cuestión con base en el principio de no discriminación.

go, el número de causas por delito de desacato que se incoan por este motivo son verdaderamente escasas. Como acertadamente expresa Quintero Olivares «las razones de esa renuncia tácita a reaccionar a través del derecho penal no pueden ser otras que de coherencia con los principios esenciales de la democracia; ni su función, ni su persona, ni el sistema democrático necesitan el auxilio del derecho penal para existir, subsistir y ser eficaces» (52). En esta misma línea puede argüirse que quizás repele a la sensibilidad del ciudadano actual el hecho de que la pena que corresponde al delito de desacato sea la privativa de libertad. No parece acorde con los parámetros existentes que el hecho de injuriar o calumniar a una persona, por muy autoridad que sea, acarree como consecuencia inevitable la prisión, es decir, la privación de uno de los derechos fundamentales por excelencia del ser humano, como es la libertad personal.

Las Administraciones públicas de acuerdo con el mandato constitucional recogido en el art. 103.1 CE, deben «servir con objetividad los intereses generales», y actuar conforme a los principios de eficacia y jerarquía, entre otros, además de con sometimiento a la ley y al Derecho. Desde esta perspectiva, es decir, desde una actuación eficaz y regular de los servicios públicos, es desde la que se logra el respeto y la confianza de los ciudadanos, precisamente porque ello significa a su vez un respeto hacia los mismos. Una Administración así concebida difícilmente se verá afectada por la crítica o la palabra soez, que aunque se perpetre, no conseguirá hacer mella en el prestigio y confianza así obtenidos. El sometimiento a la ley y al Derecho es una característica que cabe predicar de los funcionarios públicos y autoridades con respecto a la Administración o al Estado. Aquella, por cuestiones de eficacia, es decir, de funcionamiento interno, debe guiarse por el principio de jerarquía, cosa muy distinta sería intentar transplantar dicho modelo a las relaciones entre ciudadano y Administración. De lo contrario estaríamos retomando caducos esquemas de lo que debe entenderse por Administración pública que cristalizarían, y ello si sería coherente, en la tutela del principio de autoridad a través de la norma que regula el delito de desacato. Sólo desde esta perspectiva este bien jurídico sería plausible. En modo alguno desde una concepción de las Administraciones públicas como entes puestos al servicio de los ciudadanos.

No deja de resultar curioso que para la pretendida tutela del regular funcionamiento dé las Administraciones públicas se crea todavía que la vía adecuada sea el delito de desacato. Contrastá con su profusa aplicación la escasa persecución de otras conductas como la malversación de fondos públicos, corrupción, favorecimiento de fraude en las subvenciones... cuya realización no sólo pone en evidencia un irregular funcionamiento de los servicios públicos, sino que su falta de persecución puede acarrear un grave descrédito a aquellas administraciones que las conciernen.

(52) QUINTERO OLIVARES, «*pervivencia*», p. 185.

La tutela que se desprende de los artículos 471, 472, 484, 485, y 492 (53) del Proyecto, claramente se dirige a la protección de aquellos órganos de relevancia constitucional fundamentales en la organización del Estado. El hecho de que esta tutela se amplíe a todas aquellas personas que mantienen una relación estatutaria con la Administración, funcionarios públicos, carece de sentido. Si como acertadamente expresa Tomás y Valiente la «característica de todo Derecho penal consiste en ser reflejo de la estructura sociopolítica de una época y pieza activa para la conservación de la misma» (54), en mi opinión esta propuesta de regulación del delito de desacato no es reflejo de la sensibilidad que actualmente impera en nuestra sociedad. En un momento en que la doctrina penal reivindica la estricta aplicación del principio de *última ratio* (55) que se traduce en el intento de despenalizar todas aquellas conductas que o bien, no supongan un grave ataque a bienes jurídicos necesitados de tutela, bien, éstos no sean lo suficientemente relevantes como para obtener dicho grado de protección, pudiendo ser amparados por otras ramas del ordenamiento jurídico menos gravosas y afflictivas, no encuentro motivos suficientes como para afirmar la necesidad de hacer recaer el peso de la sanción penal a aquellas conductas ofensivas dirigidas contra cualquier funcionario público. La injuria dirigida a éste no tiene, en la mayoría de ocasiones, capacidad lesiva suficiente para hacer mella en el regular funcionamiento de la Administración. Al fin y al cabo, guste o no, lo único que se consigue es tutelar privilegiadamente a éstos por su condición.

(53) En los mencionados artículos se establece la tutela dispensada a los distintos órganos del Estado, Jefe del Estado, Regente, Organos constitucionales, etc., ante las injurias, calumnias, difamaciones y amenazas de que puedan ser objeto.

(54) «*El Derecho penal*», p. 24.

(55) Cfr. BRICOLA, «*La riscoperta*», pp. 73 y ss.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALVAREZ VIZCAYA, Maite: *Libertad de expresión y principio de autoridad*. Barcelona, 1993.
- ANTOLISEI, Francesco: «*Il problema del bene giuridico*». *Scritti di Diritto penale*. Milano, 1955, pp. 97-128.
- BERDUGO, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*. Madrid, 1987.
- BRICOLA, Franco: «*Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali*». *Temi*, 1968, pp. 563-582.
- «*La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*». *Politica del Diritto*, I, 1985, pp. 71-94.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona 1986.
- CEREZO MIR, José: «*Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*». *Revista de Estudios penitenciarios*, 173, 1966, pp. 319-372.
- CUELLO CALON, Eugenio: *Derecho penal. Parte Especial*, T. II, (2.^a ed). Barcelona, 1941.
- *Derecho penal. Conforme al Código penal, texto refundido de 1944. Parte especial*. T. II (11.^a ed). Barcelona, 1961.
- DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER: *Strafrecht und Strafverfahren*. (37.^a ed). Berlin, 1961.
- FLORA, Giovanni: «*Il problema della costituzionalità del reato di oltraggio a pubblico ufficiale*». *Archivio giuridico*, 1976, I, pp. 21-60.
- GARRAUD, René: *Traité théorique et pratique du Droit pénal françois*. T.IV, (3.^a ed). Paris, 1922.
- GORIZARD, Alejandro: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. T.III. Burgos, 1874.
- GROSSO, Carlo Federico: «*I delitti di oltraggio*». En *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. Diretta da BRICOLA, Franco/ZAGREBELSKY, Vladimiro. Vol. I (P.E.). Torino, 1984, pp. 305-320.
- INFORME y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992.
- IZU BELLOSO, Miguel José: «*Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.^o 58, 1988, pp. 233-252.
- JASO ROLDAN, Tomás: *Derecho penal (PE)*, T. II. Madrid, 1949.
- LOGOZ, Paul: *Commentaire du Code pénal suisse. Partie speciale*. Vol. I, T. II, Neuchatel, 1955.
- MARTIN RETORTILLO, Lorenzo: *La cláusula de orden público como límite —impresciso y creciente— del ejercicio de derechos*. Madrid, 1975.
- MERLE, Roger/VITU, André: *Traité de droit criminelle. Droit pénal special*. Paris, 1982.
- MIR PUIG, Santiago: «*Dogmática creadora y política criminal*». *Revista jurídica de Cataluña*, 1978, pp. 649-663.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «*El art. 20 de la Constitución y los delitos de desacato*». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, pp. 669-690.
- MUNOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte Especial*. (8.^a ed). Valencia, 1990.
- «*Delitos electorales*». *Cuadernos de Política Criminal* (2), 1977, pp. 165-179.
- NOLL, Peter: *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, I. Zurich, 1983.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: «*El bien jurídico protegido en los Caps. VI y VIII del Tít. II del Cpc*». CPC, n.^o 1, 1977, pp. 115-134.
- «*De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*». *Cuadernos de Política Criminal* (11), 1980, pp. 103-146.
- ORTS GONZALEZ, M.^a Dolores: *El delito de usurpación típica de funciones públicas*. Córdoba, 1987.
- PAGANI, Pietro: voz «*Oltraggio contro l'Autorità*». En *Digesto italiano*, vol. XVII. UTET, 1904-1908, pp. 146-208.

- PALAZZO, Francesco Carlo: voz «Oltraggio» en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXIX, 1979, pp. 849-978.
- «Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale». En *Giurisprudenza Costituzionale*, 1980, pp. 1309-1333.
- PIZZORUSSO, Alessandro: «Attacco in massa contro il reato di oltraggio». *Qualegiustizia*, 1971, pp. 92-94.
- PUIG PEÑA, Federico: *Derecho penal. Parte Especial*. 7.^a ed. actualizada por ORTIZ RICOL. Madrid, 1988.
- QUERALT, Joan: *Derecho penal español. Parte Especial*. Barcelona, 1987.
- «El concepto penal de funcionario público». *Cuadernos de Política Criminal* (27), 1985, pp. 477-507.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio: *Comentarios al Código penal*. 2.^a ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG. Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Sobre la pervivencia del delito de desacato». En *Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.^o 13, 1987, pp. 181-187.
- REGIERUNGSVORLAGE EINES STRAFGESETZBUCHES samt Erländerungen. Wien, 1971.
- RICCIO, Stefano: voz «Oltraggio alla pubblica amministrazione». En *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, 1965, pp. 827-834.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal Español. Parte especial*. Valladolid, 1965.
- *Derecho Penal Español. Parte Especial*. (9.^a ed). Madrid, 1983.
- ROXIN, Claus: *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée. Barcelona, 1992.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band II. Besonderer Teil [pp. 80-358].
- SALTELLI, Carlo/ROMANO DI FALCO, Enrico: *Commento teorico-pratico del Nuovo Codice penale*, vol. III (artt. 241-498). (2.^a ed). Torino, 1940.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*. (23.^a Auflage). Berlin, 1988.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco: *Introducción y notas a BECCARIA, Cesare: De los delitos y de las penas*. Madrid, 1982.
- *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (s. XVI-XVII-XVIII)*. Madrid, 1969.
- TORIO LOPEZ, Angel: «Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Fasc. III, 1981, pp. 825-847.
- VANNINI, Ottorino: *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale. Vol. VIII. Problemi relativi al delito di oltraggio*. Milano, 1951.
- VIVES ANTON, Tomás Salvador y otros: *Derecho penal. Parte Especial*. (2.^a ed), Valencia, 1988.

Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

Ayudante de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sus principales novedades: 1. Incorporación de nuevas circunstancias agravantes. 2. Tratamiento jurídico-penal de los precursores. 3. Las llamadas *entregas vigiladas*.—III. Tratamiento jurídico-penal de las actividades económicas ligadas al tráfico de drogas: 1. El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas. 2. El comiso de los bienes procedentes del delito.—IV. A modo de epílogo.—Anexo: Tabla comparativa de normas.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado día de Nochebuena fue publicada la que pretende ser última reforma del Código Penal aún vigente (1). Adelantándose a la promulgación del nuevo texto punitivo fundamental que hoy se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, sobre *modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas*, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con el fin de dar cumplimiento a ciertos compromisos internacionales a los que se encontraba vinculado el Estado español. Así, la nueva norma tiene por objetivo fundamental la introducción en el sistema penal interno de las últimas orientaciones delineadas por Naciones Unidas, plasmadas en la *Convención contra el*

(1) B.O.E., n.º 308, de 24 de diciembre de 1992, pp. 43861 y ss.

tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 —en lo sucesivo, *Convención de Viena*—, de la que España es parte.

En términos generales, el citado instrumento internacional plantea las bases para un incremento del nivel represivo frente al narcotráfico. No obstante, este endurecimiento no se refiere tanto a un simple aumento de las penas preexistentes como a la extensión del abanico de supuestos delictivos, a la potenciación de los medios lícitos de investigación y a la intensificación del auxilio judicial internacional, contemplando el fenómeno del narcotráfico desde una perspectiva considerablemente más amplia que la adoptada en Convenciones precedentes (2). En esta línea, sus redactores entendieron que la mera circulación física del producto estupefaciente no debería ser considerada más que como una de las varias facetas del que, fundamentalmente, ha sido llamado «el más grande negocio del mundo» (3). Así, la gran aportación efectuada por la *Convención de Viena* consiste en su esfuerzo por incidir sobre aquellos comportamientos que, aunque distanciados de la inmediata vulneración de la salud pública que pueda suponer la directa comercialización de las citadas sustancias, coadyuvan de manera determinante al funcionamiento de las organizaciones dedicadas al narcotráfico.

Indudablemente, el buen fin de estas nuevas directrices político-criminales requiere un decidido esfuerzo de armonización entre los ordenamientos jurídicos de los diferentes miembros de la Comunidad Internacional (4). El mercado de la droga no conoce fronteras porque los

(2) Respecto de las principales iniciativas adoptadas por Naciones Unidas, cabe destacar la *Convención Unica sobre estupefacientes* de 1961, enmendada por *Protocolo* de 25 de mayo de 1972 (B.O.E., n.º 264, de 4 de noviembre de 1981), así como el *Convenio sobre sustancias psicotrópicas* de 21 de febrero de 1971 (B.O.E., n.º 218, de 10 de septiembre de 1976). Puede encontrarse una compilación de normas internacionales relativas al narcotráfico en *Legislación sobre drogas* (2.ª ed., preparada por Angel Javier MARTÍNEZ HIGUERAS y Fernando MOYA LORENTE), Tecnos, Madrid, 1990.

A pesar de la relativa antigüedad de ambos artículos, puede hallarse un estudio integral sobre el curso de las nuevas iniciativas adoptadas a nivel internacional en relación con la problemática ligada al tráfico y consumo de drogas en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: «La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (mayo-agosto 1987), Madrid, pp. 347 y ss., así como en DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «El marco normativo de las drogas en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (septiembre 1987), Reus, Madrid, pp. 367 y ss. Tanto un trabajo como en otro exponen las líneas maestras del nuevo Convenio en el mismo sentido del expresado en el texto, tomando como base lo que entonces sólo era un Proyecto.

(3) GONZÁLEZ ZORRILLA, citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «El marco normativo...», *op. cit.*, p. 383.

(4) En este sentido, el preámbulo de la *Convención de Viena* reconoce que «el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional», así como que «la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional».

agentes económicos que en él participan se encuentran en los lugares más dispares del Planeta. De todos es sabido que el cultivo de aquellas especies a partir de las cuales se extraen los principios activos estupefacientes se desarrolla en determinadas áreas geográficas que, con frecuencia, se encuentran a miles de kilómetros del lugar en el que las drogas son puestas a disposición del consumidor. Por su parte, el circuito financiero que recorren las ganancias derivadas del tráfico trata de apoyarse en aquellos territorios en los que la normativa relativa al control de las transacciones carece de la eficacia necesaria para descubrirlas, permitiendo con ello la realización de operaciones destinadas a ocultar el origen de la riqueza de procedencia ilícita.

Así las cosas, la Ley Orgánica 8/1992 no sólo viene a significar el cumplimiento de una obligación a la que estaba sujeta España ante el resto de los Estados parte en la Convención (5), sino que, «de manera coordinada con lo que se está haciendo en todos los países de nuestra órbita cultural» (6), también supone su aportación a un sugestivo proyecto de integración del Derecho penal a escala mundial, difícil de concebir hasta hace bien poco.

II. SUS PRINCIPALES NOVEDADES

Según declara la propia exposición de motivos, las principales innovaciones que aporta la reciente Ley están constituidas por el tratamiento jurídico-penal de la fabricación, transporte y distribución de los denominados *precursores* —es decir, aquellos equipos, materiales y sustancias necesarias para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de drogas—, así como el de las conductas destinadas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos a partir del tráfico ilícito de drogas, más conocido popularmente como *lavado o blanqueo de dinero*.

No obstante, el alcance de la reforma va más allá de los citados ámbitos. Así, su artículo primero amplía el catálogo de circunstancias *agra-*

(5) Parece sorprendente que la exposición de motivos de la Ley señale textualmente que la reforma del Código penal que supone responda al intento de «cumplir los plazos establecidos en la Convención», introduciendo con ello una regulación que «ya se encuentra incorporada al Proyecto de Ley del nuevo Código, adelantando así la entrada en vigor de estas medidas penales». En realidad, la *Convención de Viena* no impone a los Estados miembros ningún límite temporal para su cumplimiento. Habida cuenta de la fecha de publicación de la Ley Orgánica 8/1992, cabe pensar que este error se deba a la presencia en la mente del legislador de la Directiva 91/308 del Consejo, norma a la que nos dedicaremos más adelante, cuyo texto sí exigía su transposición al Derecho interno de cada uno de los países de la Comunidad Europea con anterioridad al día 1 de enero de 1993 y que, paradójicamente, aún carece de integración en el ordenamiento jurídico español en el momento en el que se escriben estas líneas.

(6) Exposición de motivos de la *Convención de Viena*, párrafo tercero.

vantes contenido en el preexistente artículo 344 bis a) del Código penal. Además, la regulación de la *responsabilidad económica* del penado experimenta una sustancial modificación al concederse nueva redacción al artículo 344 bis e), relativo a la pena accesoria de comiso, y al añadirse al texto punitivo fundamental un nuevo artículo 344 bis k) destinado a establecer un orden de prelación al cual queda sometido el condenado a la hora de satisfacer las distintas obligaciones pecuniarias derivadas de la sentencia.

Complementariamente, y fuera del ámbito del Derecho sustantivo, el artículo quinto de la Ley Orgánica 8/1992 introduce un nuevo artículo 263 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal «al efecto de cumplimentar también la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen» (7), dirigido a regular un instrumento de investigación de gran actualidad: las *entregas vigiladas* de estupefacientes.

A continuación estudiaremos brevemente cada una de las citadas novedades. Sin embargo, reservaremos el último capítulo del presente trabajo para un análisis más detenido de aquéllos aspectos de la reciente reforma que inciden de forma directa sobre la vertiente económica-financiera del mercado de las drogas, es decir, el blanqueo de capitales derivados del narcotráfico y el decomiso de los beneficios obtenidos a partir de tal actividad delictiva.

1. Incorporación de nuevas circunstancias agravantes

La ampliamente criticada Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de *reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas* (8), entre otras modificaciones de importancia, introdujo en el citado texto legal un nuevo artículo 344 bis a) destinado a reunir un conjunto de circunstancias agravantes específicas en relación con la conducta básica

(7) En realidad, el referido artículo 73 no pertenece, como podría deducirse de una primera lectura, al llamado *Acuerdo de Schengen* (*Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes*), firmado el día 14 de junio de 1985, y al que se adhirieron y ratificaron posteriormente la República Italiana y el Reino de España (*B.O.E.* n.º 181, de 30 de julio de 1991), sino al *Convenio de aplicación* del propio *Acuerdo de Schengen*. La ratificación de este instrumento internacional ya fue autorizada por las Cortes Generales el día 13 de febrero de 1992 (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie C, n.º 194, p. 49), pero en el momento en que se escriben estas líneas aún no ha llegado a efectuarse por parte del Gobierno español.

(8) Respecto de la citada postura crítica, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988*, de 24 de marzo, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 54 y ss., lugar en el que también se remite a un buen número de autores que adoptan una posición semejante.

descrita en el artículo 344 precedente. Tal y como ya se ha indicado líneas arriba, la nueva Ley que ahora comentamos incrementa el catálogo mediante la adición de otras tres nuevas situaciones cuya concurrencia ha de significar un incremento de la respuesta punitiva.

Estas adiciones también responden a la necesidad de cumplir el compromiso que España adquirió con motivo de la ratificación de la *Convención de Viena*. Así, una simple lectura comparativa nos demuestra la práctica identidad existente entre los nuevos párrafos 8.^º, 9.^º y 10.^º del artículo 344 bis a) y, respectivamente, los apartados b), c) y f) del artículo 3.^º 5 del Convenio de Naciones Unidas. No obstante, a diferencia de la postura legislativa adoptada en nuestro país, la *Convención de Viena* exige que tales circunstancias sean tenidas en cuenta respecto de *toda* clase de comportamientos vinculados a la industria del narcotráfico, y no sólo a aquéllos relacionados con «actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas», según indica el artículo 344 del Código penal (9). En cualquier caso, el propio legislador ha solucionado en parte esta incongruencia mediante la incorporación de un nuevo artículo 344 bis j), precepto al que, por razones metodológicas, haremos referencia más adelante.

a) *El artículo 344 bis a) 8.^º*

La nueva circunstancia 8.^º prevé la imposición de la pena superior en grado «cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas», yendo con ello más allá de la obligación impuesta por el artículo 3.^º 5 b) de la *Convención de Viena*, texto en el que la citada agravante sólo habría de apreciarse cuando tal participación se desarrollara en el marco de organizaciones criminales «internacionales» (10).

(9) Ciertamente, la amplitud con la que se encuentra redactado el vigente artículo 344 podría permitir la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de aquellas conductas que, sin consistir en la distribución a mayor o menor escala de sustancias estupefacientes, estuvieran vinculadas a su industria. Así, tras la reforma de 1988, MUÑOZ CONDE estimó que los actos de gestión de las ganancias derivadas del negocio de las drogas habrían de ser consideradas un acto más de tráfico «cuando se dan dentro del mismo ciclo o distribución de la droga» (*Derecho penal. Parte Especial* (8.^a ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 506). En sentido parecido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, pp. 97 y 98; también DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «El marco normativo...», *op. cit.*, p. 406.

No obstante, el hecho de que la Ley Orgánica 8/1992 conceda un tratamiento jurídico-penal específico a los precursores y al blanqueo de dinero derivado del narcotráfico en el artículo 344 bis g), y en los artículos 344 bis h) e i), respectivamente, hace que tal interpretación entre en colisión con un elemental principio de especialidad.

(10) Tal dato ya fue advertido en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados y, a pesar de expresarse en aquel lugar por parte del represen-

Desde luego, ésta no es la primera vez que el legislador presta atención al fenómeno de la asociación delictiva ligada al comercio de las drogas. En este sentido, la reforma de 1988 ya previó el agravamiento de la responsabilidad penal de todo aquel traficante que «pertenezca a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional» (artículo 344 bis a) 6.^º), incrementando el rigor de la sanción respecto de sus «jefes, administradores o encargados» (artículo 344 bis b)) (11).

En realidad, la nueva norma no hace otra cosa que trasladar al Derecho positivo un dato de carácter criminológico: con mucha frecuencia, el tráfico de drogas no es más que uno de los sectores económicos sobre los que las grandes organizaciones criminales despliegan su actividad. Así, poderosas *networks* adquieren droga, o la entregan, a cambio de otros productos o servicios, introduciéndose con ello en los mercados clandestinos de armas, piedras y metales preciosos, alimentos, prostitución, etc. (12).

La brevedad del presente trabajo no nos permite extendernos sobre la oportunidad jurídica de exasperar la penalidad por la concurrencia de tales hechos. No obstante, albergamos serias dudas respecto de la compatibilidad de esta regla con el principio *non bis in idem*. Es discutible que la posible mayor peligrosidad del sujeto justifique que un mismo comportamiento —la participación en otra organización delictiva paralela— sea desvalorado por partida doble: una, en sí mismo, otra, como circunstancia agravatoria.

En cualquier caso, todo parece indicar que la persecución de los más altos niveles del narcotráfico no debe realizarse a través de instrumentos como los citados, en los que la inevitable falta de concreción a la hora de describir las conductas punibles, ligada a las dificultades de carácter probatorio, hacen que en la práctica sean de muy escasa operatividad. Por el contrario, nos sumamos a aquéllos que consideran que este tipo

tante del Grupo mayoritario la voluntad de corregir tal diferencia a lo largo del debate parlamentario, no se llegó a solventarla (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Diario de Sesiones, Comisiones, n.^º 545, pp. 16374 y 16375).

(11) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

(12) La bibliografía española sobre criminalidad asociada al tráfico de drogas no es abundante. Sin embargo, cabe resaltar el trabajo de César HERRERO HERRERO: «Delincuencia económica asociada al amparo del fenómeno de la droga», en *Boletín de Información*, n.^º 1522 (25 de marzo de 1989), Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 49 y ss.; así como el reciente artículo del hasta hace poco Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Miguel SOLÁNS SOTERAS: «Blanqueo de dinero y movimientos financieros», en *Cuadernos Jurídicos*, n.^º 3 (diciembre 1992), Fontalba, Barcelona, pp. 52 y ss. (en especial, p. 56). Entre la literatura extranjera, podría señalarse, por ejemplo, CHATERJEE, S. K.: *Drug Abuse and Drug Related Crimes. Some Unresolved Legal Problems*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1989.

de criminalidad debe ser combatido a través de las pautas político-criminales propias de los delitos contra el orden socio-económico (13).

b) *El artículo 344 bis a) 9.^o*

Con una redacción sustancialmente idéntica a la registrada en el artículo 3.^o 5 c) de la *Convención de viena*, el apartado 9.^o del 344 bis a) del Código penal prevé también el incremento del castigo para aquél culpable que «participare en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito».

Según nuestro modesto entender, el presente precepto carece de sentido desde todos los puntos de vista. En primer término, la norma que el legislador español ha convertido en Derecho positivo interno es ajena a toda sistemática, toda vez que pretende establecer la agravación de una conducta que nada tiene que ver con el artículo 344 del Código penal, único precepto al que se refiere el catálogo de situaciones recogido en el 344 bis a). De hecho, la redacción de este párrafo 9.^o nos demuestra que el contenido de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal que ahora nos ocupa no encuentra su fundamento —como sería lógico y necesario— en un incremento del desvalor de la conducta vinculada al narcotráfico, sino en la participación del delincuente «en otras actividades ilícitas», cualesquiera que fueren. De este modo, y a partir de ahora, el Juez se verá obligado a imponer la pena superior en grado a la correspondiente a un delito de drogas tipificado en el artículo 344 a todo aquél que concurra de algún modo —no es preciso que las consuma ni que sea autor, basta con que participe de algún modo— en la realización de actividades ilícitas —la nueva norma no exige que sean *penalmente* ilícitas—, siempre que tal participación se haya visto facilitada por la comisión de un delito de drogas. En definitiva, el nuevo párrafo 9.^o del artículo 344 bis a) no está destinado a incrementar la represión de aquellos comportamientos relacionados con el mercado de sustancias estupefacientes, sino a castigar la intervención en cualquier otro género de actividades ilegales con una sanción prevista para el tráfico de drogas.

Por otra parte, consideramos que una mejor ubicación de la norma estudiada tampoco habría subsanado su intrínseco desacuerdo. Del mismo modo que apuntamos respecto del párrafo 8.^o precedente, la existencia de esta circunstancia agravante no es armónica con el principio *non bis in idem*, en la medida en que las mismas «actividades ilícitas» citadas, siempre y cuando fueran dignas de represión penal, pueden ser castigadas en dos ocasiones (14).

(13) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas...*, op. cit., p. 79.

(14) En sentido parecido, la enmienda n.^o 17 del Grupo Parlamentario IU-IC, de supresión, planteó la necesidad de solventar este género de supuestos mediante la técni-

De *lege ferenda*, quizás convenga advertir así mismo que el artículo 353 del Proyecto de Código penal sometido en la actualidad a tramitación parlamentaria unifica bajo un mismo párrafo 7.^º las circunstancias 8.^a y 9.^a del actualmente vigente 344 bis a) («se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior, y multa del tanto al cuádruplo... cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito»). Si la incorrección de la reciente reforma es evidente, la redacción proyectada es inaceptable.

c) *El artículo 344 bis a) 10.^º*

El origen de la 10.^a circunstancia agravante contenida en el artículo 344 bis a) se encuentra en el 3.^º 5 f) del Convenio de Naciones Unidas. Dado que la primera parte del compromiso internacional ya estaba cumplida por la vigencia del párrafo 1.^º del citado artículo del Código penal («se impondrán las penas superiores en grado... cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años...») (15), introducido en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 1/1988, el legislador de 1992 no ha tenido más que incorporar un último párrafo al citado precepto, previendo un incremento de la pena «cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos».

Sin duda alguna, la implicación de menores en el mundo de las drogas es uno de los supuestos que los operadores jurídicos y la sociedad en su conjunto consideran más merecedores de especial represión por parte del Derecho penal. En términos generales, la inclusión en el Código del párrafo 1.^º del artículo 344 bis a) expresó la voluntad del legislador de positivar el especial desvalor que implica la conducta de aquellos que facilitan el acceso de sustancias estupefacientes en hipótesis de imputa-

ca concursal (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.^º 101, p. 14). Esta postura crítica debe ser vinculada tanto al párrafo 9.^º ahora comentado como al 8.^º, dado que en aquél momento de la tramitación legislativa ambas disposiciones estaban integradas en una sola, del mismo modo que —como a continuación se indica en el texto— aún hoy lo hace el artículo 353 7.^º del Proyecto de Código Penal.

(15) No obstante, ya se indicó anteriormente que tal cumplimiento se encuentra condicionado en gran parte por la diferente amplitud del abanico de supuestos delictivos básicos a los cuales se refieren las figuras agravadas recogidas en el artículo 344 bis a) del Código penal. Complementariamente, DÍEZ RIPOLLÉS (*Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.) llama la atención sobre la posibilidad de que el verbo utilizado en el párrafo 1.^º («facilitar») restringiera aún más el campo de aplicación de la agravante, interpretación ante cuya incoherencia defiende una nueva lectura de la norma.

bilidad ausente o disminuida, o de determinadas situaciones de prevalimiento o de intensa presión psíquica (16).

El nuevo párrafo 10.^º abunda sobre la misma línea político-crímenal, pero incorpora un nuevo factor no atendido en la reforma de 1988, como es la utilización de menores de edad penal por parte de los traficantes, como medio a través del cual procurar eludir su responsabilidad criminal. Su redacción parece acertada: gracias a ella puede concederse el adecuado relieve tanto a los supuestos en los que el inimputable legal tenga conocimiento del comportamiento que realiza como a aquellos otros en los que es un simple instrumento de una pura autoría mediata (17). No obstante, sería deseable una referencia expresa a todos aquellos otros sujetos que, no siendo menores de 16 años, puedan ser empleados con los mismos fines para el tráfico ilícito, pero que, por otras razones, no puedan ser inculpados (18). Por otra parte, la realidad demuestra que la utilización de estas personas no se circunscribe únicamente al ámbito del comercio material de esta clase de sustancias, sino que en ocasiones también son usadas para la realización de otras operaciones vinculadas directa o indirectamente al mercado de las drogas, supuestos ante los cuales también consideramos que debería operar la agravante (19).

(16) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, op. cit., p. 71.

(17) La referencia a la realización del delito «mediante» menores de 16 años se debió a la enmienda n.^º 18, propuesta por el Grupo Parlamentario IU-IC. Sus defensores la fundamentaron argumentando que, dado que la utilización de menores contenida en el artículo 489 bis del vigente Código Penal ha dado lugar a problemas interpretativos respecto de la inclusión de la autoría mediata y la instrumentalización de la cooperación del menor, la citada referencia evitaría la extensión del problema al ámbito del tráfico de drogas. (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.^º 101, p. 14).

(18) En semejante sentido se pronunció el Grupo Parlamentario Mixto-UV, cuando propuso en la enmienda n.^º 10 que el precepto incluyera a «enajenados y perturbados... y a los habituados al consumo de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas», dado que «el mismo reproche social merece la utilización de menores de 16 años, como los sujetos señalados, por tratarse igualmente de inimputables recogidos en el artículo 8 del Código Penal» (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.^º 101, p. 12).

(19) LEONE FLOSI («La dimensione internazionale della criminalità organizzata», en la obra colectiva *Forme di organizzazione criminale e terrorismo*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 79 y ss., y que constituye el vol. n.^º 9 del *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psiquiatria forense*, dirigido por FRANCO FERRACUTI) explica, por ejemplo, cómo el proceso de blanqueo de capitales detectados en el curso de la conocida operación *Pizza Connection* comenzaba por el empleo de jóvenes estudiantes que, a cambio de una pequeña comisión, recibían billetes de poca cuantía directamente procedentes de la venta callejera de drogas para que los cambiaran en oficinas bancarias por otros de mayor valor.

Esta circunstancia, imposible de apreciar a partir del Código penal vigente, podría ser considerada si el legislador español hubiera cumplido fielmente su compromiso internacional, es decir, refiriendo el catálogo de agravantes contenidas en el artículo

2. Tratamiento jurídico-penal de los precursores

La Ley Orgánica 8/1992 ha incorporado un nuevo artículo 344 bis g) al Código penal con el propósito de castigar un abanico de conductas relacionadas con el manejo de aquellos «equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (20).

En realidad, el nuevo precepto — fusión en una sola de las reglas contenidas en los artículos 3.º 1 a) iv) y 3.º 1 c) ii) de la *Convención de Viena* de 20 de diciembre de 1988 — viene a elevar a la categoría de delito autónomo una colección de conductas que no son otra cosa que actos preparatorios del ilícito tipificado en el artículo 344 del texto punitivo fundamental (21). Tal medida legislativa implica el adelantamiento la barrera de protección penal de un bien jurídico colectivo como es la salud pública mediante la creación de una figura de peligro, opción que habría de ser contemplada con mucha cautela desde el punto de vista dogmático. Cabe plantearse si, en aras de la puesta en práctica de una política criminal demasiado severa dirigida a luchar contra el narcotráfico, no se estará sobre pasando el límite representado por el principio de lesividad (22).

El 344 bis g) contiene un tipo de mera actividad en el que no se castiga la producción de ningún resultado, sino la realización de determinadas conductas positivas («el que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviese en su poder...»). Como puede deducirse a partir del estudio de los verbos utilizados, los redactores del Convenio de Naciones Unidas trataron de golpear la totalidad de actividades ligadas a la industria del precursor, desde su fabricación hasta la posesión por parte del usuario final (23). Evidentemente, las dudas que mas arriba expresa-

3.º 5 de la *Convención de Viena* a toda clase de comportamientos ligados al negocio de la droga.

(20) Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1992, párrafo tercero.

(21) Dada la imposibilidad de punirlo como acto preparatorio —el Código penal vigente solamente prevé el castigo de la *conspiración, proposición y provocación* para delinquir—, habría sido muy difícil la represión de la manipulación de precursores en concepto de delito consumado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 23 de diciembre de 1992. Sólo una interpretación muy generosa del artículo 344 lo hubiera permitido, toda vez que el citado precepto también pena a los que «...de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

(22) El problema ya fue apuntado por DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas tóxicas...* op. cit., p. 20. DE LA CUESTA ARZAMENDI («El marco normativo...», op. cit., p. 375) también critica la institución, calificando «excesivo» el adelantamiento de la intervención penal que ella significa.

(23) Tal y como ya se ha indicado anteriormente en el texto, el que ahora analizamos es el resultado de la fusión de dos preceptos diferentes de la *Convención de Viena*. Ahora bien, mientras el Estado español se encontraba vinculado *incondicionalmente*

mos respecto del acierto del precepto se acentúan a medida que nos distanciamos de la utilización de tales objetos o sustancias, es decir, a medida que disminuye el riesgo de que se verifique la efectiva vulneración del bien jurídico.

Objeto del delito son «los equipos, materiales y sustancias enumeradas en el cuadro I y en el cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios o Convenciones, ratificados por España». En principio, el tipo objetivo no establece ninguna clase de limitación en relación con los «equipos» y los «materiales», aspecto que nos hace temer por un campo de aplicación potencial de este precepto excesivamente amplio. Sólo la exposición de motivos de la Ley indica que han de resultar «indispensables» para el cultivo, producción y fabricación ilícitas de drogas, criterio que debería de haber sido incorporado a la redacción del precepto. Sí lo hace con respecto a las «sustancias», para las cuales exige su previa inclusión en la propia *Convención de Viena* o en cualquier otro Tratado internacional del que pueda ser Parte nuestro Estado. Con ello, el legislador ha demostrado su inequívoca voluntad de incorporarse a un programa de lucha al narcotráfico que supera las fronteras internas, pero también ha formalizado una suerte de autolimitación a la hora de determinar cuáles han de ser en el futuro esas sustancias.

El diseño de la figura delictiva concluye con la inclusión de un elemento subjetivo como es la exigencia de que el delincuente actúe «a sabiendas» de que tales objetos o sustancias «van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines». Este inciso cumple una necesaria (24)

a la incorporación a su ordenamiento penal del primero —es decir, del artículo 3.^º 1 a) iv), relativo a la *fabricación, transporte y distribución* de precursores—, la obligación de cumplir el segundo —el artículo 3.^º 1 c) ii), referente a la *posesión* de tales objetos o sustancias— se imponía «a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico». Por su parte, el legislador interno ha decidido libremente añadir al catálogo de conductas impuesto con mayor o menor intensidad por Naciones Unidas la de *comerciar* con precursores.

Los redactores del Proyecto de Código penal de 23 de septiembre de 1992 han optado por respetar al máximo la letra del Convenio de 1988. Así, su artículo 355 castiga en su párrafo 1.^º al que «*fabricare, transportare o distribuyere*» tales equipos, materiales o sustancias, reservando un párrafo 2.^º para asignar la misma pena al que «*tuviese en su poder* los equipos, materiales o sustancias mencionados en el apartado anterior».

(24) Planteada la inestable construcción dogmática de la figura, consideramos acertadamente rechazada la enmienda n.^º 16 propuesta por el Grupo Parlamentario IU-IC, según la cual se habría incluido en el artículo 344 bis g) un tercer apartado en el que se previera el castigo de las conductas vinculadas al manejo de precursores cuando se realizaran «con manifiesta ausencia del cuidado o previsión normalmente exigible» (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.^º 101, pp. 13 y 14).

misión limitadora del ámbito de punibilidad de la norma que, a nuestro juicio, se despliega en un doble sentido:

a) En primer término, excluye la posibilidad de que el delito pueda cometerse de forma culposa o incluso con dolo eventual. De no ser así, cabría plantear —por ejemplo— la posible responsabilidad penal del honrado comerciante que, descuidadamente, permitiera que la efedrina contenida en un analgésico o la acetona que vendiera al público como quitaesmalte —ambas sustancias son citadas expresamente en el Convenio de Naciones Unidas— llegaran a manos de químicos sin escrúpulos y fueran utilizadas para la fabricación de estupefacientes.

b) Por otra parte, la necesidad de que concurra ese fin específico ayuda a solventar la absoluta indeterminación con la que son mencionados los «equipos» y «materiales». De este modo, no podrá ser objeto del delito todo bien susceptible de ser utilizado de cualquier modo para el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes —fertilizantes, combustible, etc.—, sino sólo aquéllos que sean especialmente idóneos para tal objetivo —instrumental especializado, etc.—. En suma, esta interpretación vendría a confirmar el criterio antes mencionado recogido en la exposición de motivos.

Siguiendo una vez más las líneas establecidas en la *Convención de Viena* (25), las penas de privación de libertad y multa previstas para esta figura delictiva —prisión menor y multa de 1 a 100 millones de pesetas— se ven acompañadas de la accesoria de comiso, de conformidad a la nueva redacción del artículo 344 bis e). No obstante, debe señalarse que la confiscación específica impuesta en este precepto para el delito de precursores es incompleta, toda vez que sólo afecta a «*las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g*». Posiblemente, una interpretación correctora del 344 bis e) podría significar la incorporación en él de los «equipos» y «materiales», siempre que consideremos que éstos se encuentran incluidos entre aquellos «bienes o efectos de la naturaleza que fueren (que) hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b» (26).

De acuerdo a la modificación que la Ley Orgánica 8/1992 ha operado sobre el preexistente artículo 344 bis c), también será de aplicación la pena de inhabilitación especial si el autor fuere facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. La inhabilitación será absoluta si los hechos fueren realizados por Autoridad o agente de la misma.

(25) Según indica el artículo 3.^º 4 a) del Convenio, «cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso».

(26) La letra del artículo 361 del Proyecto de Código penal disipa todas estas dudas al considerar expresamente que serán objeto de comiso «los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 355».

Paralelamente a los artículos 344 bis a) 6.^º y 344 bis b) —aunque con una exasperación menos intensa—, un nuevo artículo 344 bis j) prevé la agravación de la pena privativa de libertad en aquellos casos en los que el manejo de precursores se desarrolle de forma organizada y, especialmente, cuando los culpables sean «jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones».

Para determinar la cuantía de la multa, el juzgador habrá de sujetarse a los criterios establecidos en el artículo 344 bis d), ya introducido por la Ley Orgánica 1/1988, pero ampliado su ámbito de aplicación por la reforma de 1992 a los supuestos de infracciones relativas al manejo de precursores y de blanqueo de las ganancias derivadas del narcotráfico.

3. Las llamadas *entregas vigiladas*

Los numerosas declaraciones realizadas en las últimas semanas y muchas de las noticias aparecidas en los *mass media* en torno a los recientes sucesos relacionados con la utilización de estupefacientes por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no han hecho otra cosa que generar un clima de confusión en torno al tema de las denominadas entregas vigiladas. Posiblemente, no sea éste el lugar adecuado para tratar sobre esta espinosa cuestión; el presente trabajo trata de aportar algunas notas sobre las reformas que la Ley de 23 de diciembre del pasado año ha operado sobre el Código penal, motivo por el cual el tratamiento de una cuestión vinculada a la investigación del delito excedería de su objeto. Sin embargo, quizás convenga verter aquí alguna opinión respecto de tal opción político-criminal, a la espera de que la institución sea abordada por especialistas en la materia.

El nuevo artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal describe el concepto de circulación o entrega vigilada como la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como cualquier otra sustancia prohibida, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, «circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines». Esta definición responde en sus líneas generales a la aportada por el artículo 1.^º, letra g), de la *Convención de Viena* de 1988. Sin embargo, la exposición de motivos de la nueva Ley Orgánica no se remite al citado instrumento de Naciones Unidas a la hora de justificar la incorporación de la institución que ahora comentamos al ordenamiento procesal

penal español, sino al artículo 73 del *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen* (27).

La norma viene a paliar el inconveniente rigor al que, con cierta frecuencia, se encuentran sometidas las actividades encaminadas a la averiguación del delito y del delincuente por parte de las autoridades policiales y judiciales. En concreto, el artículo 269 del mismo Código procesal impone en términos categóricos que, una vez conocida la posible perpetración de un delito, «se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a la comprobación del hecho denunciado». De este modo, la nueva norma está destinada a impedir que una estricta aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —la automática intercepción de un alijo de estupefacientes, la súbita detención de un correo, etc.— frustre el buen fin de una investigación sobre tráfico de drogas. Así, consentir que tales sustancias recorran los circuitos previstos por la red criminal puede ser el medio idóneo para que la operación policial dé resultados mucho más satisfactorios, imposibles de conseguir de otro modo. En resumen, el delito es conocido, pero no impedido, a fin de poder obtener pruebas de la participación en el mismo de determinados integrantes de la organización (28). No obstante, su empleo debe limitarse en función «de su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia» (artículo 263 bis, apartado 1.º *in fine*).

La decisión de acudir a la entrega vigilada «se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados in-

(27) No sólo el citado *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen* prevé la regulación por parte del Estado español de la técnica de las entregas vigiladas «de conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico» (artículo 73 1.º). La propia *Convención de Viena* también impone tal compromiso a las Partes en su artículo 11 «si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos» y «dentro de sus posibilidades».

A nuestro juicio —y no olvidamos que la crítica que ahora realizamos versa sobre materia no dispositiva de la Ley—, hubiera sido más correcto fundar el nuevo artículo 263 bis en la propia *Convención de Viena* antes que en el *Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen*, no sólo porque aquélla contenga en sus artículos 1.º g) y 11 una regulación más exhaustiva de la materia y su ámbito de aplicación territorial sea muy superior, sino también —y sobre todo— porque el Estado español, en el momento de la publicación de la Ley Orgánica 8/1992, no se encontraba aún vinculado al *Convenio regional* mediante la oportuna ratificación.

(28) FISCALÍA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS: *Memoria* correspondiente al año 1991. Ahora bien, sería ingenuo pensar que la técnica ahora juridificada en España es ajena a la práctica de nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o que nuestros Tribunales carecen de toda información al respecto. Una oportuno «olvido» de la citada normativa procesal vigente desde el siglo XIX ha permitido el éxito en un buen número de operaciones policiales en diversos ámbitos delictivos —no sólo en el del comercio de estupefacientes— mediante el seguimiento practicado a partir de la detección de determinados hechos o sujetos.

ternacionales» (artículo 263 bis, apartado 3.^º). Podrá autorizarla «el Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores» (artículo 263 bis, apartado 1.^º), aunque en el caso de que la iniciativa proceda de una autoridad administrativa será preciso dar «cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente» (artículo 263 bis, apartado 3.^º *in fine*).

Desde nuestro punto de vista, la introducción de un precepto como el que ahora comentamos es digno de apoyo, dado que trata de dar forma jurídica a una técnica de investigación que hasta ahora venía siendo utilizada habitualmente de un modo ilegal —o, cuando menos, *alegal*— con resultados positivos y sin menoscabo de los derechos constitucionalmente reconocidos. Sin embargo, ello no impide formular ciertas observaciones críticas al mismo, que en síntesis son las siguientes:

a) Habida cuenta de la realidad de la investigación, hubiera sido conveniente diseñar una norma que no sólo posibilitara el recurso a las entregas vigiladas en el ámbito del tráfico de estupefacientes, sino también la aplicación de otras medidas en cualquier sector de la criminalidad a partir de las cuales —y en base al seguimiento de determinados datos objetivos— se permitiera la obtención de logros policiales de mayor envergadura (29).

b) Incluso limitándonos al campo del narcotráfico, el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo concede carta de naturaleza jurídica a la vigilancia de determinados comportamientos delictivos. Como acertadamente prevé la *Convención de Viena*, el comercio de drogas no se limita al movimiento físico de sustancias estupefacientes, sino que se compone de una serie de fases sucesivas frente a las cuales el legislador nacional ha reaccionado introduciendo en el Código penal nuevas categorías delictivas. Por lo tanto, carece de sentido que, en el marco de una política criminal inspirada en criterios rigoristas, el citado precepto se limite a permitir la circulación de «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como (la) de otras sustancias prohibidas», olvidando los «equipos, materiales o sustancias» citadas en relación con los precursores, o los «bienes» de naturaleza económica que son objeto de ulterior blanqueo (30).

(29) En este sentido, piénsese, por ejemplo, en la conveniencia de contar con un instrumento procesal de este género en el marco de investigaciones que versen sobre terrorismo, delincuencia económica, etc.

(30) No carente de coherencia, la enmienda n.^º 21 al Proyecto de la que más tarde fue Ley Orgánica 8/1992, presentada por el Grupo Parlamentario IU-IC, pretendió, entre otras cosas, excluir del precepto la referencia a «otras sustancias», en base a que «el ámbito de la reforma... es el tráfico de drogas», motivo por el cual «no parece correcto aprovechar la reforma para referirse a otras sustancias» (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.^º 101, p. 15).

c) Al margen de toda consideración sobre su objeto, la nueva regla procesal parece dejar sin resolver la conflictiva cuestión de las entregas vigiladas que en este trabajo nos vamos a permitir calificar como *positivas* o *activas*. En efecto, el 263 bis parece estar destinado a regular aquellas situaciones en las que la Policía Judicial controla, *como mero espectador interesado*, el movimiento de drogas, retrasando la práctica de incautaciones o detenciones. No obstante, un estudio más detallado de la norma nos obliga a plantearnos si con ella también se establecen los cauces para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan ser autorizados para introducirse *activamente* en las redes de narcotráfico, mediante el manejo de ciertas cantidades de sustancias estupefacientes que incluso puedan proceder de alijos realizados con anterioridad. Es suma, surge la duda sobre si, en aras al buen fin de la investigación, la Policía está legitimada para disponer de droga a fin de ver facilitada su infiltración en las organizaciones dedicadas al narcotráfico. No parece que sea ése ni el espíritu ni la letra de la *Convención de Viena*. Sin embargo, la cuestión fue abordada a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley (31), a pesar de lo cual el punto 2.^º del artículo 263 bis —lugar en el que se delimita el concepto de «circulación o entrega vigilada»— no experimentó alteración alguna con respecto a la redacción aportada por el Proyecto original. Por otra parte, las últimas declaraciones de destacados representantes del Ministerio del Interior parecen corroborar el hecho de que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado van a efectuar tales entregas *positivas*, presuntamente autorizadas en base a la redacción del nuevo precepto procesal.

Por lo tanto, hubiera sido deseable una mayor claridad por parte del legislador, siguiendo el ejemplo trazado por algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. En este sentido, la reciente Ley italiana n.^º 162/1990, de 26 de junio, de modificación de la Ley de 1975 sobre estu-

Es posible que desde algún sector se defienda lo innecesario de positivar el recurso a la entrega vigilada de valores económicos —dinero, títulos, etc.—, argumentando que éstos, a diferencia de las sustancias estupefacientes, son de lícito comercio. Sin embargo, no compartimos tal opinión, toda vez que muchas de las sustancias susceptibles de constituir objeto de entrega vigilada de conformidad al nuevo artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentran en el mercado con mayores o menores limitaciones. En suma, entendemos que ni los capitales ni las drogas son ilícitos *en sí mismos*; lo ilícito es el *uso* que de ellos pueda hacerse.

(31) En este sentido, cfr. la enmienda n.^º 4, presentada por el Grupo Parlamentario CDS, en la que se proponía un incremento de las medidas de seguridad a las que deberían quedar sujetas las correspondientes autorizaciones, de forma que éstas siempre quedaran registradas documentalmente en el Juzgado de Instrucción o en la Fiscalía, «haciendo constar la persona autorizante, así como las personas y cantidades autorizadas» (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.^º 101, p. 11). No en vano, la citada enmienda trataba de justificarse en base a que «la autorización de una actividad tan singular exige tomar la adecuada precaución y cautela, para evitar que se utilice con finalidades distintas de las previstas» (*ibid.*).

peficientes, ha sabido diferenciar de manera diáfana los supuestos de intervención *pasiva* —la entrega vigilada en sentido estricto— de la *activa* (32).

Optar por una mayor o menor amplitud de las entregas vigiladas nos lleva a plantearnos una cuestión ulterior como es la de determinar cuáles son los límites que no debe sobrepassar el Estado para hacer frente a ciertas formas de criminalidad. Evidentemente, el estudio de este tema excede con creces el objeto del presente trabajo. Sin embargo, sí podemos reiterar la conveniencia de que la nueva norma hubiera sido más explícita en este sentido, alejando la posibilidad de que el delito provocado encuentre consagración en nuestro ordenamiento jurídico.

III. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS LIGADAS AL TRÁFICO DE DROGAS

Desde el punto de vista dogmático, el tráfico de estupeficientes es un delito cuyo castigo encuentra fundamento material en la vulneración del bien jurídico salud pública. No obstante, pocas veces encontraremos una figura como ésta en la que se manifieste un desfase tan evidente entre el daño social producido y el fin perseguido por el autor. En efecto, un análisis criminológico de la cuestión permite asegurar que su razón de ser radica en la explotación económica sistemática de la drogodependencia (33), llegándose a afirmar que «el verdadero lugar de los delitos

(32) De este modo, mientras el nuevo artículo 84 bis de la nueva Ley italiana regula los supuestos de adquisición simulada de droga («no serán castigados los oficiales de la Policía Judicial adscritos a las unidades especiales antidroga que, con el único fin de obtener elementos de prueba en orden a los delitos previstos por la presente ley y en el curso de operaciones de lucha contra el crimen ordenadas específicamente por el Servicio Central Antidroga o, de acuerdo con este último, por el Jefe de Policía o por el Comandante del Cuerpo de Carabineros o de la Guardia de Finanzas o por el Comandante del Grupo de Policía Tributaria, procedan a la adquisición de sustancias estupefiantes o psicotrópicas»), mientras que el artículo 84 ter se refiere al retraso u omisión de los actos de captura, arresto o incautación («la autoridad judicial podrá, mediante resolución motivada, retrasar la emisión o disponer que se retrase la ejecución de los procesos de captura, de arresto o de incautación cuando ello sea preciso para obtener elementos importantes de prueba o para la detección o captura de los responsables de los delitos a los que se refieren los artículos 71 y 71 bis»). (*La traducción es nuestra*).

(33) HERRERO HERRERO, César: «Delincuencia económica al amparo del fenómeno de la droga», en *Boletín de Información*, n.º 1522 (25 de marzo de 1989), Ministerio de Justicia, Madrid, p. 55. Este mismo autor recuerda, no obstante, que el comercio de estupefiantes no siempre persigue el lucro económico, dado que el llamado *tráficante-consumidor* sólo pretende obtener los fondos indispensables para satisfacer las necesidades surgidas de la adicción (*ibid.*).

de tráfico de drogas, por lo que concierne a los niveles altos, es el de la delincuencia socioeconómica» (34).

Es realmente difícil determinar con un mínimo de precisión el volumen de negocios desarrollado por el conjunto de actividades que integran la llamada *economía sumergida*. Evidentemente, las dificultades se incrementan de forma considerable cuando de lo que se trata es de averiguar los datos relativos a aquellos sectores que, además de obrar de espaldas al Fisco, realizan comportamientos ilícitos *per se*. Sujetos a ese importante margen de incertidumbre, expertos internacionales han estimado que el mercado de las drogas mueve en el mundo una cifra que ha de situarse entre 300.000 y 500.000 millones de dólares anuales. Es cierto que la amplitud de la citada franja demuestra claramente las dificultades que se manifiestan a la hora de aproximarse a la realidad económica del delito; pero también lo es que, en cualquier caso, los beneficios derivados del narcotráfico son absolutamente fabulosos. En este sentido, se ha recordado que tales cantidades se asemejan a las correspondientes al presupuesto anual del Departamento de Defensa de los Estados Unidos o a la factura que pagan todos los países occidentales por el petróleo que consumen cada año (35).

Consentir que las organizaciones dedicadas al comercio de drogas dispongan de esa enorme riqueza es un lujo que los Estados no puede permitirse. En este sentido, la *Convención de Viena*, tratando de actuar sobre todas las manifestaciones ligadas a la industria del narcotráfico, ha plasmado la preocupación de la Comunidad Internacional al afirmar que tales organizaciones pueden «invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras ilícitas y la sociedad en todos sus niveles» (36).

En cumplimiento de las obligaciones derivadas del citado Convenio, el legislador español ha introducido una serie de nuevas figuras penales que tratan de golpear el aparato económico de poder generado por el tráfico de drogas. En términos generales, la reforma de 1992 discurre en este ámbito por dos vías complementarias entre sí: de un lado, criminaliza ciertos comportamientos relacionados con el blanqueo de *narcocapitales*; de otro —y ya en el campo de las consecuencias jurídicas—, modifica la regulación del comiso del producto del comercio de estupefacientes.

(34) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: *Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, *op. cit.*, p. 99.

(35) HERRERO HERRERO, César: *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminología*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1992, p. 84.

(36) Preámbulo de la *Convención de Viena*, párrafo quinto.

1. El blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas

La riqueza derivada del delito sólo puede ser utilizada en tanto sea *lavada* o *blanqueada* previamente. El despliegue del poder económico de las organizaciones criminales sobre la sociedad depende del empleo por parte de éstas de cauces lícitos de intervención en el mercado. Por ello, la reintroducción de tales capitales *sucios* (37) en los circuitos oficiales requiere de un proceso de normalización (38) gracias al cual sea posible distanciarlos —al menos, aparentemente— de su procedencia. Así las cosas, no es extraño que en Italia —país en el que el *riciclaggio* ya fue tipificado por primera vez de forma autónoma en 1978— las actividades criminales destinadas a reconvertir el producto del delito sean calificadas por la doctrina como «de segundo nivel», en la medida en que no generan un rendimiento económico inmediato, sino que están vinculadas al control de la actividad criminal y al mantenimiento del poder que con ella se persigue (39).

La Delegación del Gobierno para el *Plan Nacional sobre Drogas* asegura que en España el negocio del narcotráfico genera unos 500.000 millones de pesetas anuales, de los cuales sólo un tercio reverte en la misma actividad delictiva (40). El resto —una cantidad que casi duplica

(37) Normalmente referidos al dinero, los calificativos *negro* y *sucio* forman parte desde hace tiempo del argot empleado en el ámbito de las actividades económicas y financieras irregulares. No obstante, es frecuente distinguir ambos términos en función de la licitud o ilicitud del objeto que adjetivan. De este modo, la riqueza *negra* —*gris* para algunos autores— sería la procedente de actividades económicas lícitas, aunque realizadas al margen de la normativa tributaria vigente, mientras que la riqueza *sucia* sería la derivada de actividades ilícitas en sí mismas.

Algunos autores consideran que el dinero *negro* procedente del fraude fiscal debería ser situado en plano de igualdad respecto del dinero *sucio* derivado —por ejemplo— del narcotráfico o de la extorsión, toda vez que «la ocultación de ingresos a la Hacienda Pública puede configurar un delito fiscal», razón por la cual estiman que nos encontraríamos, desde el punto de vista técnico, ante el mismo supuesto (PANIZO GONZÁLEZ, Gabriel Angel, y MARTÍN LÓPEZ DE LOS MOZOS, Angel Mario: *Blanqueo de fondos de origen ilegal*, Comisaría General de Policía Judicial, Dirección General de Policía, Madrid, 1991, p. 15). Nosotros discrepamos de esta postura, dado que con ella se ignora la cualidad de la actividad que ha generado el patrimonio. No obstante, también es cierto que la ventaja económica obtenida a partir del fraude fiscal —aunque no la base imponible— deja de ser riqueza *negra* para pasar a ser dinero *sucio*, en la medida en que es el producto directo de una actividad ilícita como es la infracción de las normas tributarias.

(38) La expresión es utilizada por César HERRERO HERRERO en *Los delitos económicos...*, *op. cit.*, p. 84.

(39) Cfr. FERRACUTI, Franco, y BRUNO, Francesco: «La criminalità organizzata nella prospettiva criminologica», en la obra colectiva *Forme di organizzazione criminale e terrorismo*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 69 y 70, y que constituye el vol. n.º 9 del *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, dirigido por el propio FRANCO FERRACUTI.

(40) Los datos aportados se encuentran recogidos en el semanario *Tiempo* del 1 de junio de 1992, p. 56.

la correspondiente al Presupuesto del Ministerio de Justicia para el año 1991— es objeto de blanqueo a través de una pluralidad incontable de procedimientos que abarcan desde las simples maniobras de doble facturación hasta las complejas operaciones realizadas a través de varios *paraísos fiscales* (41).

En este contexto, los nuevos artículos 344 bis h) y 344 bis i) están destinados a combatir la trama financiera de la industria de la droga. Transcripción casi literal de los artículos 3.^º 1 b) i), 3.^º 1 b) ii) y 3.^º 1 c) i) de la *Convención de Viena*, los preceptos que ahora se introducen dan así mismo cumplimiento parcial a otros compromisos internacionales sobre la materia a los que también estaba vinculado el Estado español (42).

(41) Respecto de la variedad de formas a través de las cuales es posible blanquear capitales procedentes del delito, cfr. PANIZO GONZÁLEZ, Gabriel Angel, y MARTÍN LÓPEZ DE LOS MOZOS, Angel Mario: *Blanqueo de fondos...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.; asimismo, HERRERO HERRERO, César: *Los delitos económicos...*, *op. cit.*, pp. 506 y ss. Tanto en una como en otra obra se insiste en la imposibilidad práctica de realizar un estudio pormenorizado de los procedimientos utilizados para tal fin. Así, en la p. 86 del primer trabajo citado se afirma que «la realidad demuestra que la investigación de los hechos que encubren y ocultan una operación de blanqueo de dinero de origen ilegal es siempre diferente, debido a la complejidad y variedad de las formas de operar de las organizaciones criminales para dar apariencia de origen legal a fondos que proceden de la comisión de delitos».

(42) Con ello nos referimos a las *Recomendaciones* 1.^a, 4.^a y 5.^a del *Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de dinero (G.A.F.I.)*, constituido en París en julio de 1989 con motivo de la XV *Cumbre* de los Siete Países más Industrializados y al que también pertenece España (una síntesis de las citadas *Recomendaciones* puede consultarse en PANIZO GONZÁLEZ, Gabriel Angel, y MARTÍN LÓPEZ DE LOS MOZOS, Angel Mario: *Blanqueo de fondos...*, *op. cit.*, pp. 243 y ss.), a la vez que al artículo 2.^º de la Directiva 91/308, de 10 de junio de 1991, del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre *Prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales (D.O.C.E., L n.º 166, de 28 de junio de 1991, p. 77 y ss.)*, norma esta última a la que se refiere expresamente la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1992. Así mismo, el artículo 6.^º 1 de la *Convención sobre blanqueo, seguimiento, secuestro y decomiso del producto de delitos*, hecha en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 en el marco institucional del Consejo de Europa —ya firmada pero aún no ratificada por nuestro país— también obliga a sus miembros a penalizar las actividades dirigidas al blanqueo de fondos de origen criminal.

No obstante, ya se ha señalado en el texto que el cumplimiento de estos compromisos sólo es *parcial*. En efecto, los instrumentos citados definen el blanqueo de capitales ilícitos en base al concepto recogido en la *Convención de Viena*; pero mientras ésta última lo limita a la riqueza procedente del tráfico de estupefacientes, los ahora indicados prevén su extensión al producto de *todo tipo de delitos*.

Ciertamente, el grado de exigibilidad en el cumplimiento de tales compromisos es diferente. Además, alguno de ellos —en concreto, el Convenio del Consejo de Europa— establece la posibilidad de que las Partes limiten su obligación «a los delitos principales o categorías de dichos delitos» que se especifiquen en una declaración al efecto (artículo 6.^º 4).

Sin embargo, el tratamiento jurídico-penal del reciclaje de fondos procedentes del tráfico de drogas aportado por la Ley de 23 de diciembre de 1992 no constituye una completa novedad en nuestro Derecho. Debe recordarse que la Ley Orgánica 1/1988 ya introdujo un artículo 546 bis f) en el Código punitivo fundamental que, inspirado en los trabajos que pocos meses después culminaron en la redacción definitiva de la *Convención de Viena*, aún hoy prevé el castigo del que «con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechare para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo» (43).

a) *El artículo 344 bis h)*

El primero de los preceptos citados está construido en base a la idea de que el blanqueo es un delito que, desde el punto de vista criminológico, se encuentra en una estrecha relación de dependencia respecto de otra infracción previa a partir de la cual se ha obtenido una ventaja económica. Así, el artículo 344 bis h) reúne en sus apartados 1.^º y 2.^º una colección de comportamientos dirigidos a impedir el descubrimiento de las conductas vinculadas al tráfico de drogas.

El primer inciso del 344 bis h) 1.^º castiga a todo aquél que «convirtiese o transfiriese bienes», siempre que tales conductas se realicen «con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito» de esos bienes derivados del narcotráfico o de «ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones». De este modo, el legislador ha concedido tipicidad autónoma a dos claros supuestos de favorecimiento real y favorecimiento personal respecto de los partícipes en «alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores».

Por su parte, el segundo inciso del mismo precepto corresponde con la misma pena al que, con la misma finalidad, «realizase un acto de participación en tales delitos». De este modo, el ámbito de aplicación de la norma traspasa la barrera del clásico encubrimiento para alcanzar a aquellos otros supuestos, más frecuentes en la práctica, en los que el

(43) Tal y como se expresa en el párrafo undécimo del Preámbulo de la citada Ley Orgánica, el artículo 546 bis f) tendría por objetivo «incriminar esas conductas que vienen denominándose de “blanqueo” del dinero de ilícita procedencia», en un intento de «hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas».

No obstante, y tras casi cinco años de vigencia, esta figura delictiva —ubicada por el legislador de 1988 entre los supuestos de recepción— apenas ha sido apreciada hasta la fecha por los Tribunales.

blanqueador ya no es un sujeto que actúa de manera improvisada y siempre *a posteriori*, sino que forma parte integrante del ciclo comercial del narcotráfico.

A diferencia del 1.^º, el apartado 2.^º del 344 bis h) no castiga al que *trate de encubrir* el delito previo, sino al que «*ocultare* o *encubriere* la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos» obtenidos a partir del tráfico de estupefacientes. Por lo tanto, si con el artículo 344 bis h) 1.^º el legislador ha tratado de reprimir la mera realización de *actividades* —convertir o transferir bienes— tendentes a un resultado —disimular la cualidad de esos bienes—, con el 2.^º apartado del mismo precepto se ha querido sancionar la obtención de ese *resultado* por parte del blanqueador —ocultar o encubrir la naturaleza, origen, etc., de esos bienes—.

Con independencia de las observaciones críticas que expondremos más adelante respecto de la amplitud del objeto del delito, estimamos acertada la referencia que el precepto hace a los «bienes», término en el que debemos entender comprendida a toda ventaja económica derivada del delito (44), desecharlo con ello la errónea idea de que sólo el dinero ilícito es susceptible de blanqueo. No obstante, queda en el aire una cuestión realmente importante como es de determinar qué quiere decir la norma cuando exige que tales bienes *procedan* de alguno de los delitos de drogas expresados en los artículos anteriores. Ante la ambigüedad de la Ley, habrán de ser los Tribunales los que decidan sobre si será necesario que tal procedencia sea inmediata —y así, por ejemplo, el dinero derivado directamente de la venta de estupefacientes— o si también podrá ser objeto del delito aquellas ventajas económicas por las que hayan sido sustituidos los beneficios directos —y así, por ejemplo, los valores patrimoniales adquiridos con ese dinero— (45).

Como no podría ser de otro modo, las conductas de blanqueo recogidas en el artículo 344 bis h) sólo pueden ser castigadas en la medida en que el agente que gestione los bienes actúe «a sabiendas de que los

(44) No obstante, autores como el suizo Paolo BERNASCONI («Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparativi di diritto penale bancario», en VV.AA.: *Nuove prospettive di diritto penale bancario* (Atti dell'incontro di studi in memoria di Pietro Nuvolone, Piacenza, 10 ottobre 1987), CEDAM, Padua, 1988, p. 96) consideran que los términos «bien» o «cosa» se encuentran aún demasiado anclados a la idea de objeto mueble y corporal, impidiendo con ello la correcta aplicación de la ley penal en un mundo económico como el actual, caracterizado por la progresiva pérdida relativa de importancia de la riqueza física.

(45) Posiblemente, el artículo 546 bis f) delimita el objeto del delito de manera más amplia, al considerar como tal «los efectos o ganancias» derivadas del tráfico de drogas. En este sentido parece expresarse José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (*Los delitos relativos a drogas tóxicas...*, op. cit., p. 97) cuando asegura que «la adición del término “ganancias” pretende abarcar a los bienes o beneficios económicos obtenidos *indirectamente* del tráfico por la transformación de los efectos inicialmente conseguidos» (*el subrayado es nuestro*).

mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores» (46). Evidentemente, la incorporación de tal elemento subjetivo aleja el fantasma de la responsabilidad objetiva por una vía semejante a la utilizada a la hora de regular las hipótesis de recepción descritas en el vigente Código penal. No obstante, también es cierto que lo angosto de la condición —sólo podrá imponerse una pena por blanqueo de capitales en la medida en que se pruebe en el proceso que el sujeto conocía a ciencia cierta que la riqueza reciclada procedía del narcotráfico, y no de cualquier otro delito, por grave que fuera—, dificultará enormemente su aplicación por los Tribunales (47).

La exigibilidad de que concurra con toda su intensidad el citado elemento subjetivo se suaviza en el apartado 3.^º del mismo artículo 344 bis h), norma en la que se prevé la atenuación de la condena cuando «los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables». La *Convención de Viena* no exige, sin embargo, la incorporación al Derecho interno de las Partes de una figura delictiva como la que ahora tratamos, limitándose a imponer la tipificación de tales comportamientos cuando se cometan intencionalmente (48).

No cabe la menor duda de que esta regla está destinada a incidir, fundamentalmente, sobre las conductas realizadas por aquellos profesionales que no guarden la debida diligencia a la hora de comprobar el

(46) La referencia al conocimiento del delito previo sólo se incorpora en la redacción del artículo respecto de aquellos comportamientos que encajan en los patrones clásicos del encubrimiento. Por razones obvias, se omite en relación con la conducta recogida en el inciso segundo del apartado 1.^º, en donde lo que se castiga es un acto de participación —y no de favorecimiento *stricto sensu*— destinado a ocultar la procedencia de los bienes.

(47) Cfr. BERNASCONI, Paolo: «Riciclaggio. Le soluzioni svizzere», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, año IV, n.^º 1 (enero-marzo 1991), CEDAM, Padua, p. 159.

(48) Ello no impide que existan otros documentos internacionales en los que se proponga la adopción de medidas de este tipo. Así, el artículo 6.^º 3 a) de la citada *Convención sobre blanqueo, seguimiento, secuestro y decomiso del producto de delitos* de 1990 ofrece la posibilidad de que las Partes penalicen también el blanqueo cuando, en función de las circunstancias, el sujeto activo deba presumir que los bienes reciclados proceden de una actividad delictiva. En la misma línea, la 6.^a *Recomendación* recogida en el Informe del G.A.F.I. recuerda cómo algunos países —y así, por ejemplo, Suiza— castigan el lavado imprudente de dinero.

Deseo expresar desde aquí mi agradecimiento al Letrado de Cortes Sr. GARCÍA MEXÍA, cuya amabilidad y paciencia sirvieron para salvar mis dudas sobre el debido cumplimiento de los *interna corporis* llevados a cabo en el Parlamento con motivo de la tramitación del que, finalmente, llegó a ser párrafo tercero del artículo 344 bis h). En efecto, el origen de esta regla se debió a una enmienda transaccional propuesta por el representante del Grupo Socialista al Grupo de Izquierda Unida en la sesión del Pleno del Congreso celebrada el día 12 de noviembre de 1992, y que fue aprobada con el voto afirmativo de los 298 Diputados presentes en la Cámara (B.O.C.G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Diario de Sesiones, Pleno y Diputación Permanente, n.^º 227, p. 11267).

origen lícito de los fondos recibidos. Sin embargo, entendemos que la figura no se hará plenamente operativa hasta que entre en vigor la nueva Ley sobre *Determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* que actualmente se encuentra en el Parlamento (49), y que, como indica la exposición de motivos del que hoy es sólo su Proyecto, «está dirigida primordialmente a las entidades financieras». Mediante la determinación de las pautas de comportamiento obligado a las que se encontrarán sometidos los operadores económicos, parece evidente que la nueva norma servirá para determinar con un importante grado de certeza cuáles habrán de ser los límites que separan el ámbito de la imprudencia de todo aquello que el Derecho penal debe considerar meramente fortuito, beneficiándose considerablemente con ello el principio de seguridad jurídica.

b) *El artículo 344 bis i)*

Este precepto recoge una hipótesis que difícilmente podríamos incluir dentro del catálogo de conductas dirigidas a la normalización del beneficio económico obtenido a partir del tráfico de drogas. En realidad,

(49) B.O.C.G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.º 121. En el momento de cerrar este trabajo, la Presidencia había ampliado por tercera vez el plazo para la presentación de enmiendas al proyecto, fijándolo en esta ocasión hasta el día 2 de marzo (*ibid.*, p. 13).

Es importante tener presente que, a pesar de lo que pudiera deducirse a partir de la lectura de la exposición de motivos de la modificación del Código penal que ahora comentamos, es ésta —y no la Orgánica 8/1992— la Ley que está destinada a transponer la ya citada anteriormente Directiva 91/308 del Consejo de las Comunidades Europeas, cuyo contenido básico en lo relativo a entidades financieras queda reflejado en su Capítulo I.

En cualquier caso, el hecho de que el proyecto citado no haya concluido aún su tramitación parlamentaria no quiere decir que los operadores económicos y, en concreto, las entidades financieras, carecieran hasta hoy en nuestro país de todo punto normativo de referencia al respecto. Así, la Asociación Española de Banca Privada y la Confederación Española de Cajas de Ahorro expresaron el 10 de julio de 1990 su adhesión a las reglas y principios de la llamada *Declaración de Basilea sobre Prevención de la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal*, adoptada en el mes de diciembre de 1988 en el seno del *Comité de Basilea sobre Regulación y Supervisión Bancaria*, constituido por representantes de los bancos centrales y de las autoridades supervisoras de los países miembros del Grupo de los Diez y de Luxemburgo. Ciertamente, tales instrumentos no dejan de ser una suerte de autolimitación carente del respaldo coercitivo por parte del Estado, siendo susceptibles de ser encuadrados en el ámbito de la deontología profesional; no obstante, constituyen un significativo cambio en la actitud de las citadas entidades, toda vez que en ellos se viene a reconocer la importancia de la colaboración de los bancos de cara al descubrimiento de comportamientos delictivos, incluso a costa de sus propios intereses económicos. (El texto de la Declaración de Basilea, así como el de la adhesión de la banca española a la misma, pueden encontrarse en PANIZO GONZÁLEZ, Gabriel Angel, y MARTÍN LÓPEZ DE LOS MOZOS, Angel Mario: *Blanqueo de fondos.... op. cit.*, pp. 235 y ss.).

el artículo 344 bis i) se aproxima bastante más al ámbito de la clásica receptación que al del blanqueo, toda vez que castiga al que simplemente «adquiera, posea o utilice bienes» procedentes del delito, con independencia de que tal empleo o disfrute suponga distanciamiento alguno de tales objetos respecto de su origen ilícito, siempre y cuando se actúe «a sabiendas, en el momento de recibirllos, de que los mismos proceden de algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos».

Debido a su semejanza con las figuras de encubrimiento con ánimo de lucro reguladas en los artículos 546 bis a) y siguientes del Código penal vigente, entendemos que el precepto que ahora comentamos sólo podrá ser aplicado a quienes adquieran, posean o utilicen las ventajas económicas derivadas del tráfico de drogas sin haber participado de ningún modo en la comisión del delito previo ni haber aceptado de antemano la ulterior recepción de tales objetos.

En relación con el objeto del delito, nos remitimos a las observaciones realizadas en el apartado anterior al estudiar el artículo 344 bis h).

Respecto de la concurrencia del conocimiento por parte del autor del origen de los bienes y de las dificultades que puedan manifestarse de cara a su prueba, también nos remitimos a lo señalado líneas arriba en relación con el artículo precedente. No obstante, a diferencia del artículo 344 bis h), el 344 bis i) exige que tal conocimiento se verifique «en el momento de recibirllos», limitando con ello aún más el ámbito de punibilidad del precepto. En cualquier caso, queda totalmente excluida la posibilidad de apreciar la figura delictiva a título de imprudencia (50).

c) *Tratamiento penológico*

Todas las conductas descritas en las normas tantas veces citadas se encuentran castigadas con la pena de prisión menor y multa de 1 a 100 millones de pesetas, a excepción de la figura imprudente recogida en el apartado 3.^º del artículo 344 bis h), para la cual el legislador ha previsto la imposición de arresto mayor en su grado máximo y multa de 1 a 50 millones de pesetas.

(50) No obstante, una reiterada línea jurisprudencial tiende a admitir una relativa rebaja del nivel de exigibilidad en lo que respecta a la concurrencia del elemento subjetivo en el delito de recepción. En este sentido, la STS de 9 de marzo de 1988 —entre otras muchas que discurren en sentido semejante— expresa que «de la narración de hechos probados de la sentencia recurrida se deduce, sin lugar a dudas, que en el supuesto actual, tuvo el recurrente, si no un conocimiento cabal y exhaustivo de que los efectos que adquiría eran provenientes del concreto delito contra los bienes ajenos sancionado en la resolución recurrida, sí al menos el suficiente y preciso para colmar las exigencias del artículo 546 bis a) del Código Penal».

Del mismo modo que lo hace respecto de los delitos vinculados al manejo de precursores, el nuevo artículo 344 bis j) dispone el endurecimiento de la condena en aquellos casos —frecuentes en extremo— en los que la reconversión de fondos derivados del narcotráfico se efectúe en el seno de una organización dedicada a tal fin, cumpliendo con ello parte de las obligaciones surgidas tras la ratificación española de la *Convención de Viena* (51). Así, su párrafo primero prevé la aplicación de la correspondiente pena privativa de libertad en su grado máximo a sus miembros, incrementando la agravación a la pena superior en grado cuando se trate de los «jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones». Por su parte, el párrafo segundo ordena además la aplicación de la pena de inhabilitación especial, así como el sometimiento de la organización a las medidas de seguridad previstas en el artículo 344 bis b).

La nueva redacción otorgada al artículo 344 bis c) prevé así mismo la aplicación de la inhabilitación especial cuando los hechos sean realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, siempre que los realicen en el ejercicio de su profesión, imponiéndose la inhabilitación absoluta «cuando los referidos hechos fueren realizados por Autoridad o agente de la misma». Evidentemente, la naturaleza económica de los comportamientos de blanqueo reduce en la práctica la posible aplicación de estas reglas a los supuestos de vinculación del delincuente con las Administraciones Públicas.

Por otra parte, la modificación operada sobre el preexistente artículo 344 bis d) del Código penal introduce un factor de valoración realmente interesante a la hora de castigar un delito como el blanqueo, al ordenar al Tribunal que, para determinar la cuantía de la multa a imponer en cada caso, atienda con preferencia «al valor económico final del producto o, en su caso, al de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener».

Finalmente, el artículo 344 bis e) 1.^º dispone la aplicación del comiso de las ganancias obtenidas a partir de las actividades ligadas al narcotráfico, «cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar». La importancia de esta norma exige que sea tratada con un mínimo de detalle un poco más adelante.

d) *Algunas consideraciones críticas*

Son muchas las razones por las que podemos afirmar el desacuerdo con el que el legislador ha tipificado las figuras delictivas que ahora nos ocupan; tantas que, en un trabajo como éste, en el que sólo se pretende

(51) Cfr. *supra*, Capítulo II, epígrafe 1 del presente trabajo.

someter a debate algunas consideraciones de urgencia sobre la reciente reforma del Código penal, no es posible describirlas con el detenimiento que se merecen. No obstante, trataremos a continuación de sintetizar algunas de las más importantes, dejando para el futuro la realización de un estudio más profundo.

1. El hecho de que los nuevos preceptos formen parte de un amplio programa político-criminal destinado a combatir el fenómeno del narcotráfico no justifica su desafortunada ubicación entre los «delitos contra la salud pública» (52). Desde nuestro punto de vista, tal opción no constituye otra cosa diferente que el último intento del legislador por tratar de encajar nuevas realidades en esquemas que deben estimarse agotados. En efecto, tratar de reconducir toda actividad vinculada al mercado de las drogas al campo de los atentados contra la salud pública equivale a ignorar el hecho de que el comercio de sustancias estupefacientes no consiste sólo en la circulación real de tales productos, sino que también implica el movimiento de ingentes cantidades de riqueza.

Así, podremos aceptar que el fundamento material del castigo del narcotráfico estriba en la protección de la salud de la colectividad; pero el blanqueo de la riqueza generada por el mercado de la droga y su ulterior reintroducción en los cauces oficiales atenta contra la salud del sistema económico, es decir, contra el *orden socio-económico establecido* (53).

Ciertamente, el conjunto de conductas destinadas a la normalización de tales ingresos *sucios* pone a prueba el correcto funcionamiento del mercado y tiende a minar la credibilidad de los sujetos que en él intervienen. Dado que los blanqueadores se valen de las herramientas y procedimientos que el sistema ofrece a los agentes económicos para la

(52) A tal conclusión parece llegar Cándido CONDE PUMPIDO cuando atribuye a este tipo de conductas el calificativo de «complemento» del delito principal —el tráfico de drogas—, infracción esta última que llegaría a la fase de agotamiento cuando, más allá de su consumación objetiva, la finalidad económica del sujeto quedara satisfecha. Así, el citado autor sostiene que «el hecho de que ese complemento del delito haya de realizarse antes de agotado éste, de que *el fin del autor y el del sujeto del acto complementario se dirija contra el mismo bien jurídico atacado por el delito complementado*, y por último, que la acción complementaria esté conectada con una coetánea acción del autor del delito principal, son circunstancias que dan al complemento un matiz especial que lo aproxima más a una forma de participar en el delito, que a una forma delictiva independiente del delito complementado» («artículo 546 bis f» en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (dir.): *Código Penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 1035) (*el subrayado es nuestro*).

En el mismo sentido se expresa la FISCALÍA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE DROGAS (*Memoria, cit.*) cuando afirma que el bien jurídico vulnerado con las conductas de blanqueo de capitales procedentes del negocio de la droga no difiere del que se trata de proteger con la punición de las conductas de tráfico ilícito.

(53) En este sentido, cfr. PECORELLA, Gaetano: «Circolazione del denaro e riciclaggio», en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, n.º 34 (1991), Milán, pp. 1233 y ss.

realización de operaciones lícitas —utilización de entidades financieras, instrumentalización de contratos, participación de profesionales de los más diversos sectores, etc.—, el reciclaje de fondos procedentes del narcotráfico perversamente su estructura, provocando el desconcierto entre los diversos operadores (54).

Complementariamente, la reinversión de capitales blanqueados en el mercado es un foco de grandes desequilibrios económicos que pueden llegar hasta el punto de quebrar el principio de la libre competencia. El hecho de que los costes a los que está sujeta la obtención ilícita de recursos sean abrumadoramente inferiores a los exigidos para conseguir fondos lícitos —se ha llegado a afirmar que el precio de la droga vendida en la calle puede multiplicarse hasta cifras próximas al 90.000 por 100 con respecto al pagado en origen por la materia prima (55)— puede suponer la aparición de situaciones de progresiva apropiación del mercado por parte de las empresas ilegales, que tenderían a convertirse en monopolio, expulsando con ello a las empresas dotadas de una menor disponibilidad de medios económicos y sometidas a cargas más elevadas (56).

De lege lata, sin embargo, la técnica conforme a la cual han sido tipificadas las nuevas reglas que ahora estudiamos no permite aconsejar su incorporación al catálogo de infracciones de corte socio-económico —por otra parte, imposibles de encajar con un mínimo de sistemática en un cuerpo legal que responde a esquemas propios del siglo pasado—. En concreto, entendemos que el artículo 344 bis h) hubiera encontrado mejor ubicación dentro del Título IV del Libro II bajo la rúbrica «de los delitos contra la Administración de Justicia», dado que serían los intere-

(54) En esta misma línea, el primer *Considerando* de la Directiva 91/308 del Consejo de las Comunidades Europeas, ya citada en las notas 5 y 42, señala que «la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas (...) puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público».

(55) El dato se deduce a partir de las observaciones realizadas por Leone FLOSI («La dimensione internazionale...», *op. cit.*, p. 84) respecto del asunto *Pizza Connection*. En concreto, este autor señala que, a partir de una inversión inicial de 8.000 dólares por la morfina en bruto adquirida en el Sudeste asiático, es posible producir un kilogramo de heroína que, adulterada y vendida en papelinas de 1 gramo cada una, puede llegar a alcanzar un valor en la calle de hasta 7.000.000 dólares.

Aun siendo formidable la cifra, no faltan autores que estiman la proporción de beneficios puede llegar a ser todavía mucho mayor. Así, R.T. STAMBLER (citado por César HERRERO HERRERO en «Delincuencia económica...», *op. cit.*, p. 72), asegura que los 650 dólares canadienses que percibe un productor de opio por 10 kilogramos de producto bastan para elaborar 1 kilogramo de heroína que se vende finalmente a los usuarios por una cantidad que puede alcanzar los 12.000.000 de dólares canadienses. De ser ciertos estos datos, el valor añadido generado al término del proceso productivo se aproximaría al 2.000.000 por 100.

(56) Cfr. PECORELLA, Gaetano: «Circolazione del denaro...», *op. cit.*, p. 1235.

ses de ésta los vulnerados como consecuencia de las operaciones de blanqueo. De hecho, ésta ha sido la alternativa adoptada en algún Estado europeo cuya fama no es precisamente ejemplar en cuanto al tratamiento del dinero de dudosa procedencia, en donde el delito de blanqueo ha sido regulado como una forma especial de favorecimiento (57). Esta misma opción también ha encontrado acogida entre nuestra doctrina (58).

Respecto del artículo 344 bis i) —cuya naturaleza es sensiblemente diversa, tal y como ya se ha razonado más arriba—, la solución quizás podría venir dada por una ampliación del objeto de la receptación —hoy limitado en el vigente artículo 546 bis a) a los efectos derivados de la comisión de «delitos contra los bienes», y extendido en el artículo 306 del Proyecto de Código penal a los efectos procedentes de un «delito patrimonial o económico»— a cualquier ventaja patrimonial obtenida a partir de una infracción penal (59). En cualquier caso, entendemos que este género de supuestos deberían ser tratados al margen de la regulación jurídico-penal del blanqueo, dado que, mientras el encubrimiento con ánimo de lucro encuentra su fundamento en la constitución ilícita de un derecho real sobre el producto de un delito previo, las conductas de reconvertión de capitales pertenecen al ámbito de la dinámica patrimonial y del derecho de crédito. A pesar de ello, varios países han optado por la penalización del lavado de capitales como una forma específica de receptación (60).

2. Tal y como hemos apuntado con anterioridad, el artículo 344 bis c) prevé el incremento de la reacción penal cuando el *sujeto activo* de

(57) Tras la unánime votación del 23 de marzo de 1990, el Parlamento suizo aprobó una modificación parcial del Código penal en virtud de la cual se introdujeron dos nuevos artículos: el 305 bis, destinado a castigar el blanqueo de dinero, y el 305 ter, encaminado a reprimir la carencia de diligencia en las operaciones financieras. En concreto, el primero de ellos sanciona con la pena privativa de libertad de hasta tres años o con una multa de hasta 40.000 francos al que «realice un acto susceptible de frustrar la detección del origen, el hallazgo o el decomiso de valores patrimoniales, sabiendo o debiendo saber que provienen de un crimen» (*la traducción es nuestra*).

(58) Cfr. DE LA MATA, Norberto J.: *Límites de la sanción en el delito de recepción: La recepción sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código Penal*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), Madrid, 1989, p. 50.

(59) En este mismo sentido parece decantarse RUIZ VADILLO, Enrique: «El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura», en *Boletín de Información*, n.º 1641 (15 de julio de 1992), Ministerio de Justicia, p. 107.

(60) Así, además del artículo 546 bis f) español al que ya hemos hecho antes referencia, cabría señalar, por ejemplo, los artículos 648 bis y 648 ter del *Codice penale* italiano, o el artículo 505 2.º del *Code pénal* belga. No obstante, entendemos que la ubicación de tales normas por parte del legislador junto a la clásica figura de la receptación no deriva de una presunta identidad del bien jurídico vulnerado, sino de la imposibilidad de encontrar un lugar adecuado para un delito propio de las postimerías del presente siglo en cuerpos legales creados para regular a una sociedad de otra época.

cualquiera de los delitos vinculados a la industria de la droga sea un «facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio». Ahora bien, aunque la Ley de 23 de diciembre de 1992 haya extendido el ámbito de aplicación de esta agravante específica a las infracciones relativas al manejo de precursores y al blanqueo del producto económico del narcotráfico, no hay que olvidar que la Ley Orgánica 1/1988 la incorporó al Código penal con el único fin de exasperar la penalidad de la mera circulación física de sustancias estupefacientes, refiriéndola tan solo a los hechos descritos en los artículos 344 y 344 bis a).

En efecto, parece coherente que aquéllos profesionales encargados de velar por la salud pública —médicos, enfermeros, psicólogos, farmacéuticos, etc.— sean especialmente castigados cuando, al traficar con estupefacientes, atenten contra el bien jurídico que están obligados a proteger. Sin embargo, no lo es tanto que la agravación se mantenga cuando el comportamiento que se trata de reprimir vulnera otro tipo de interés social totalmente diferente.

Consiguientemente, entendemos que la ampliación que ha experimentado el artículo 344 bis c) no es de recibo (61). Por el contrario, consideramos que hubiera sido necesario crear un nuevo precepto en el que se previera la agravación de la pena por blanqueo cuando este delito fuera realizado por aquellos sujetos encargados de preservar el orden socioeconómico y la licitud de las transacciones comerciales. A nuestro juicio, el reciclaje de la riqueza procedente del narcotráfico realizado —por ejemplo— por un intermediario financiero, un fedatario público o un empresario debería ser especialmente desvalorado, toda vez que la participación de estos sujetos en operaciones de reconversión de capitales *sucios* pone en entredicho la credibilidad del sistema, ocasionando con ello la pérdida de confianza del resto de agentes económicos. A la misma conclusión se ha llegado en otros países, como Italia (62).

3. Determinada la naturaleza socioeconómica del bien jurídico protegido, resulta evidente que limitar el *objeto* del blanqueo a los capitales procedentes del narcotráfico carece de todo sentido. Iguales efectos dañosos pueden producir sobre el sistema el lavado y posterior reintroducción en los cauces oficiales de la riqueza procedente del comercio de la droga que, por ejemplo, los rendimientos del tráfico de armas, la explotación organizada de la prostitución, la extorsión sistemática o cualquier otro género de comportamientos ilícitos susceptibles de generar una elevada rentabilidad económica.

(61) Al menos, respecto de su extensión a las conductas descritas en los artículos 344 bis h) y 344 bis i). Debido a la identidad de bien jurídico protegido, puede defenderse en relación con el tratamiento jurídico de los precursores.

(62) El párrafo segundo del artículo 648 bis del *Codice Rocco* prevé la agravación de la pena «cuando el hecho sea cometido en el ejercicio de una actividad profesional» (*la traducción es nuestra*).

Por ello, parece más correcta la opción plasmada en el artículo 309 del Proyecto de Código penal, precepto en el que el blanqueo recibe un tratamiento genérico, extendiendo su ámbito de aplicación a las conductas de reciclaje de bienes procedentes de *cualquier «delito grave»* (63). No en vano, ésta es la línea seguida por los diferentes instrumentos internacionales sobre la materia, los cuales, aun reconociendo la importancia específica del lavado de capitales derivados del tráfico de estupefacientes, exponen la necesidad de extender el campo de punibilidad a la reconversión de toda clase de riqueza de origen ilícito (64). Además, la ampliación del abanico de conductas delictivas previas remediaría en gran medida los problemas de índole probatoria apuntados más arriba.

4. En relación con la *pena* prevista para los autores de estos delitos, no podemos compartir la decisión del legislador de atribuir iguales consecuencias jurídicas a todos los supuestos de blanqueo, habida cuenta del distintivo contenido del injusto que existe tras ellos.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, mientras el artículo 344 bis i) recoge una figura de enriquecimiento ilícito individual asimilable a la receptación, el 344 bis h) incide sobre un bien jurídico colectivo co-

(63) En efecto, la ampliación del objeto del delito operada en el citado artículo 309 es un aspecto que ha de ser valorado positivamente. Sin embargo, las carencias que presenta el precepto son así mismo notorias.

Dado que el presente trabajo sólo pretende servir de rápido comentario a las principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 8/1992, no parece que éste sea el lugar más adecuado para criticar el Proyecto que en la actualidad se encuentra en fase de discusión parlamentaria. No obstante, baste apuntar aquí que el nuevo texto que ahora se está elaborando contiene una duplicidad normativa del todo inconveniente al regular por separado el *blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas* como delito contra la salud pública en sus artículos 356 y 357 —reglas que, en sustancia, se corresponden con los nuevos artículos 344 bis h) y 344 bis i) que ahora estamos estudiando— y el mencionado *blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito grave* del artículo 309, integrado dentro del Título correspondiente a los «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

Tal opción legislativa ya ha sido expresamente criticada desde varios sectores respecto de la regulación contenida en el Anteproyecto de Código penal (cfr. FISCALÍA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE DROGAS, *Memoria, cit.*; RUIZ VADILLO, Enrique: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 111; y, finalmente, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: «Informe sobre el Anteproyecto de Código penal», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 11, Madrid, 1992, p. 246). Con independencia de las justificadas críticas que puedan formularse respecto de la asistemática de la decisión, el hecho de que todo delito de narcotráfico sea también delito grave dará lugar a que la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 7.º del Proyecto para resolver los supuestos de concurso de leyes supongan la aplicación de un régimen jurídico significativamente más benéfico a los blanqueadores de dinero procedente del narcotráfico que a los sujetos encargados de reciclar fondos procedentes de otros delitos graves, quebrando con ello el espíritu de la reforma de 1992.

(64) Cfr. *supra* nota 42.

mo es el orden socio-económico. Incluso, dentro de este último precepto podemos encontrar figuras en las que es preciso que el blanqueador alcance una meta determinada —ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, etc., de conformidad al artículo 344 bis h) 2.^º—, mientras que para la realización de otras basta con que emprenda las actividades dirigidas a tal fin —convertir o transferir bienes con el objeto de ocultar o encubrir, *ex artículo 344 bis h) 1.^º*—.

En relación con el descuido con el que ha sido regulado el sujeto activo del delito, así como la aplicación del comiso, nos remitimos a los correspondientes apartados en los que ambas cuestiones se abordan de forma específica.

5. Para concluir, quizá convenga recordar al legislador el *pequeño despiste* en el que ha incurrido al no prever la derogación del artículo 546 bis f), introducido en el Código penal por la reforma de 1988, derivándose de ello una duplicidad normativa absolutamente injustificable. No obstante, puede que su mantenimiento —delito «contra la propiedad» y «contra la salud pública»— sirva de ejemplo que demuestre hasta qué punto es imposible incorporar de manera armónica figuras delictivas propias del siglo XXI en un cuerpo normativo cuya estructura responde a un modelo social totalmente superado.

En cualquier caso, si queremos jubilar a nuestro veterano Código con un mínimo de dignidad, es absolutamente necesario suprimir ese artículo 546 bis f) —por otra parte, apenas aplicado hasta la fecha—, si es que también creemos que la nueva regulación aportada por la Ley Orgánica 8/1992 mejora la precedente.

6. Quedan muchas cuestiones pendientes de estudio derivadas de la defectuosa tipificación del blanqueo de fondos procedentes del tráfico de drogas. Pensemos, por ejemplo, que el nuevo entramado normativo castiga por igual al banquero que ocasionalmente recicle millones como al comerciante que adquiera un radiocassette, siempre y cuando ambos conozcan que tales objetos proceden del tráfico ilegal (65). Podríamos afirmar, así mismo, su escasa preparación para hacer frente a las operaciones de lavado realizadas a escala internacional, quebrando con ello el espíritu que ha movido a Naciones Unidas, al Consejo de Europa o a la propia Comunidad Europea a dedicarse a este tema.

Posiblemente, tras la lectura de estas críticas quepa argumentar que el culpable de la mala regulación no es el Parlamento español, sino los redactores de la *Convención de Viena* de 20 de diciembre de 1988, dado que, como ya hemos apuntado, los nuevos artículos 344 bis h) y 344 bis i) se limitan a copiar palabra tras palabra el contenido de los mandatos en ella establecidos. Sin embargo, no podemos olvidar que el citado tex-

(65) El ejemplo es aportado por Faustino URQUÍA GÓMEZ: «artículo 546 bis f», en VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos (coord.): *Doctrina y Jurisprudencia del Código Penal*, EDERSA, Madrid, 1988, p. 3271.

to internacional es el resultado de la integración de muchas voluntades, ideologías y concepciones sociales y jurídicas diferentes. Por consiguiente, Naciones Unidas no pretendió con él forzar a todos los Estados miembros a que introdujeran una normativa absolutamente uniforme, sino a que plasmaran en sus respectivas legislaciones internas las directrices político-criminales contenidas en el Tratado. De este modo, Paraguay y Jordania, Uganda y Canadá, India y España,... habrán de armonizar sus disposiciones penales en materia de tráfico de drogas de acuerdo a las citadas líneas maestras, pero también tendrán que esforzarse por cumplir tal obligación en el marco de su ordenamiento interno.

2. El comiso de los bienes procedentes del delito

Si, como ya hemos señalado, el tráfico de estupefacientes existe en la medida en que constituye una fuente incalculable de beneficios, parece lógico que las Partes de la *Convención de Viena* coincidieran desde un principio en la idea de que es preciso privar a las personas dedicadas a tales actividades del provecho patrimonial obtenido a través de ellas (66).

En términos generales, el comiso de los capitales obtenidos a partir del delito cumple dos funciones distintas que inciden sobre otros dos momentos del ciclo criminal:

a) De un lado, opera como un poderoso elemento de intimidación tendente a evitar la comisión de ilícitos económicamente productivos (67). Asociado a la pena privativa de libertad, el comiso de las ganancias mueve al sujeto a plantear su actuación futura en términos de coste de oportunidad, es decir, valorando la conveniencia o no de enfrentarse a la Ley penal ante el riesgo de ser castigado y de perder todo aquello que pueda obtener como consecuencia de sus acciones. Por lo tanto —y ya haciendo referencia específica al negocio de la droga—, la amenaza de comiso tiende a *evitar la creación* de capitales *sucios* obtenidos a través de actividades ligadas al narcotráfico.

b) De otro, también sirve para impedir que los capitales ilícitamente obtenidos sean destinados a fines ulteriores socialmente indeseables, ya sea para alimentar el propio ciclo delictivo, ya sea para consolidar la posición de la organización criminal mediante el acceso a los cauces económicos oficiales (68). De este modo, el comiso ayuda así mismo a

(66) Preámbulo de la *Convención de Viena*, párrafo sexto.

(67) Cfr. RUIZ VADILLO, Enrique: «El blanqueo de capitales...», *op. cit.*, p. 111; HERRERO HERRERO, César: «Delincuencia económica...», *op. cit.*, p. 72.

(68) En este sentido, Gaetano PECORELLA («Circolazione del denaro...», *op. cit.*, pp. 1229 y 1230) recuerda cómo el vigente artículo 648 bis del Código penal italiano fue redactado con el fin de «congelar» los capitales ilícitos y así impedir su acceso a los mercados económicos y financieros.

impedir la utilización de la riqueza ya generada como resultado del comercio ilícito de estupefacientes, erigiéndose como la consecuencia jurídica más eficaz ante los supuestos de blanqueo, toda vez que trata de combatir el delito mediante la supresión de su propio objeto (69).

Han sido varias las iniciativas internacionales que han abordado en los últimos tiempos el problema del comiso del producto de actividades delictivas. Además de la tantas veces citada *Convención de Viena de 1988*, el primer Informe del *Grupo de Acción Financiera* recomendó a sus participantes la adopción de medidas legislativas internas en este sentido, asegurando que «son una condición necesaria para una lucha eficaz contra el blanqueo de dinero derivado de los estupefacientes» (70). No obstante, si fuera necesario citar un instrumento dedicado de forma específica a tratar el problema, habría que referirse a la *Convención sobre blanqueo, seguimiento, secuestro y decomiso del producto de delitos*, hecha en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, texto que, sobre la base planteada por el Convenio de Naciones Unidas, delimita todo una detallada regulación que abarca aspectos tanto materiales como procesales del comiso (71).

Como es de todos es conocido, el Código penal español recoge la figura del comiso en sus artículos 27 y 48, atribuyendo a la pérdida de los *efectos* procedentes del delito y de los *instrumentos* con los que se ejecute la cualidad de pena accesoria. El propio artículo 48 atribuye al Juez la posibilidad de no aplicar tal medida, o aplicarla sólo parcialmente, «cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal» (72).

Frente a este clásico diseño, la Ley Orgánica 1/1988, de *reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas*, introdujo un nuevo artículo 344 bis e) que, aunque limitado al ámbito de la modificación, extendió el objeto del comiso a «los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren», que fueran instru-

(69) Evidentemente, esta solución, tan simple como eficaz en potencia, sólo es viable en la medida en que ese objeto —el capital susceptible de ser blanqueado— esté *sucio*. No obstante, quizás convenga recordar aquí que la *ilicitud* predicada de los capitales no debe ser interpretada en su sentido literal, dado que tal cualidad no es propia del objeto en sí, sino de la relación existente entre ese objeto y su origen. Por consiguiente, con el comiso no se trata —permítasenos la expresión— de «matar al perro» para acabar con la «rabia», sino de incidir sobre la vertiente económica de un delito de naturaleza eminentemente económica.

(70) Informe del *G.A.F.I.*, apartado III.B.2 (cfr. *supra*, nota 42).

(71) Cfr. *supra*, nota 42.

(72) Respecto de los criterios prácticos de aplicación del artículo 48 del vigente Código penal y la utilización de la cláusula potestativa por parte de la Jurisprudencia a lo largo de los últimos años en relación con la regla contenida en el artículo 344 bis e), resulta especialmente clarificadora la STS de 5 de mayo de 1992.

mento de algún delito de tráfico de estupefacientes, «o provinieren de los mismos, así como las *ganancias* de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar». De este modo, el legislador previó por vez primera la posibilidad de privar a los delincuentes del rendimiento económico obtenido a partir de sus actividades ilícitas, situando con ello al ordenamiento español en línea con los de los países de nuestro entorno cultural.

La nueva Ley Orgánica 8/1992 ha renovado la redacción del citado artículo 344 bis e), tratando con ello de dar mejor cumplimiento que su predecesor a los compromisos internacionales mencionados. Las últimas líneas del presente trabajo las dedicamos, pues, al análisis del nuevo precepto, procurando con ello manifestar las insuficiencias en las que aún incurre nuestro Derecho en este campo.

En lo referente al aspecto sustantivo de la cuestión, las novedades que ha aportado la Ley de 23 de diciembre han sido realmente escasas (73). En realidad, si comparamos el texto del vigente 344 bis e) con el de su homónimo precedente sólo podremos encontrar una incompleta (74) ampliación del objeto a «*las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g)*», así como una muy acertada referencia complementaria en relación con la titularidad de los bienes confiscables.

En efecto, mientras la norma precedente ordenaba la aplicación del comiso en tanto los bienes citados no pertenecieran «a un tercero no responsable del delito», la nueva atenúa el rigor de la condición al exigir que ese tercero sea titular «*de buena fe*». Esta medida legislativa trata de hacer frente a una realidad que se repite con gran frecuencia, como es la de que el *inculpado* por un delito de drogas —auténtico *derechohabiente económico* (*beneficial owner, ayant droit économique, dirittoavente economico*) de los bienes— traspase la titularidad aparente de su patrimonio a alguna o algunas personas a él próximas —cónyuge, hijos, amigos de absoluta confianza, etc.— dispuestas a apoyarle, evitando con ello verse desposeído de la riqueza acumulada en el caso de que sea condenado (75).

(73) De hecho, no parece que el Gobierno tuviera mucho interés en modificarlo: el texto presentado a las Cortes no previó reforma alguna del comiso de las ganancias derivadas del tráfico de drogas. Sólo en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, tomando como punto de partida una enmienda planteada por el Grupo Parlamentario IU-IC, comenzó a preverse la posibilidad de reformar su redacción en tal sentido (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Diario de Sesiones, Comisiones, n.º 545, p. 16375).

(74) Cfr. *supra*, Capítulo II, epígrafe 2 del presente trabajo.

(75) Merece recordarse, no obstante, que ya en los debates parlamentarios que dieron lugar a la Ley Orgánica 1/1988 se pretendió dotar al 344 bis e) de una configuración capaz de hacer frente a situaciones de titularidad meramente ficticia de bienes por parte de terceras personas. Así, el Grupo Parlamentario PDP presentó una enmienda al Proyecto consistente en introducir entre las palabras «a no ser que» y «pertenezcan a un

Sin duda, el hecho de que la aplicación del comiso pueda sobrepasar las barreras formales para incidir sobre situaciones de dominio material significa todo un avance en la lucha contra la trama económica del mercado de las drogas (76). Sin embargo, conviene advertir de la peligrosa tendencia en la que, por influencia del Derecho anglosajón, están incurriendo algunos de los ordenamientos europeos en materia de inversión del *onus probandi* respecto de la procedencia de los bienes susceptibles de confiscación (77). Desde nuestro punto de vista, permitir el decomiso de aquellos bienes cuya procedencia lícita no haya podido ser demostrada por su poseedor constituye un quebrantamiento totalmente injustificable del principio de presunción de inocencia constitucionalmente reconocido (78).

tercero» el adverbio «realmente» (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A, n.º 44, pp. 15 y 16). A pesar de todo, el Informe de la Ponencia desestimó la conveniencia de la modificación, alegando que, «aún participando del sentido de la enmienda», su formulación «podría ser perturbadora» (*ibid.*, p. 25).

(76) No por ello debemos olvidar que la aplicación del comiso a terceras personas que, aunque conocedoras de la naturaleza de los bienes, no hayan sido condenadas, plantea serias dudas respecto del cumplimiento del principio de personalidad de las penas. Por ello, aunque la decisión del legislador sea merecedora de apoyo, también estimamos la necesidad de dotar a la institución de una regulación más adecuada. Posiblemente conviniera revisar la auténtica naturaleza jurídica del comiso, consecuencia jurídica del delito que en el Proyecto de Código Penal que ahora está en tramitación parlamentaria se encuentra catalogada entre las llamadas «consecuencias accesorias» (artículos 132 y ss.).

(77) No conviene olvidar que el artículo 5.º 7 de la propia *Convención de Viena* establece que «cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos».

Posiblemente fuera esta norma internacional la que inspirara la *enmienda* n.º 1 al Proyecto de Ley, afortunadamente rechazada, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (*B.O.C.G.*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, Serie A, n.º 101, p. 9), en la que se proponía la adición al párrafo primero del artículo 344 bis e) —en el *Boletín* se hace referencia al 344 bis c), lo que constituye sin duda alguna una errata— del siguiente texto: «se entenderá como tales ganancias, los bienes y efectos de titularidad del condenado cuando éste no justifique su adquisición por medios lícitos». Según sus firmantes, tal adición hubiera supuesto una «adecuación de las normas penales atinentes al narcotráfico a la tipología actual de este tipo de delitos».

(78) Paolo BERNASCONI («Il riciclaggio di fondi...», *op. cit.*, p. 113) nos muestra un ejemplo de cómo la inversión de la carga de la prueba en materia de comiso viene practicándose desde hace algunos años en Suiza. Refiriéndose a una Sentencia de 18 de febrero de 1985, el citado autor nos muestra cómo el Tribunal Federal desestimó un recurso contra una confiscación argumentando que «nada demuestra que P. alcanzara su desahogada situación financiera gracias a recursos completamente ajenos al tráfico de drogas; asimismo, nada prueba que la cuantía de 140.000 dólares que le fue intervenida en el momento de su detención, ni los 175.000 dólares depositados en su cuenta bancaria en Ginebra, pertenezcan a su esposa y que no procedan de ninguna actividad delictiva».

La Ley Orgánica 8/1992 ha incurrido no obstante en una omisión de cierta importancia al no prever el cumplimiento de la obligación incondicional recogida en el artículo 5.^º 1 a de la *Convención de Viena* referente al llamado *comiso equivalente o del valor sustitutorio* (79). Es cierto que esta institución ha sido criticada por ciertos sectores doctrinales (80), llegándose a afirmar que su naturaleza obligacional rompe con el carácter real que tradicionalmente se le ha atribuido al comiso (81). Sin embargo, no cabe la menor duda de que su introducción en el ordenamiento español solventaría los problemas derivados de todas aquellas situaciones en las que sea imposible practicar la confiscación —determinados supuestos de titularidad compartida con derechohabientes de buena fe, constitución de un gravamen sobre el objeto con un derecho en favor de un tercero, etc.—, cumpliendo eficazmente con las finalidades expuestas más arriba.

Para concluir, y al igual que afirmamos respecto de la tipificación del blanqueo de capitales, quizá convenga sugerir una coherente ampliación del objeto del comiso a toda ventaja patrimonial obtenida a partir de la comisión de cualquier género de delitos. Parece lógico pensar que la satisfacción de los citados objetivos no es privativa de los supuestos de tráfico ilícito de drogas. De este modo, también se cumplirían las previsiones contempladas en el *Convenio sobre blanqueo, seguimiento, se-*

prosiguiendo con la afirmación de que «a falta de pruebas suficientes relativas a la procedencia de tales bienes, la sospecha nos lleva a pensar que pueden ser el producto de infracciones a la Ley Federal sobre Estupefacientes; por ello, el comiso debe mantenerse». (*La traducción es nuestra*).

Más allá de perversos criterios jurisprudenciales, la legislación italiana consagra tal inversión dentro del marco delimitado por las conocidas *misure di sicurezza* destinadas a combatir la criminalidad mafiosa.

(79) Segundo este precepto, cada una de las Partes en el Convenio queda vinculada a la adopción de las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso del producto derivado de delitos relativos al comercio de drogas «o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto».

Así mismo, el artículo 2.^º 1 del *Convenio sobre blanqueo, seguimiento, secuestro y comiso del producto de delitos*, firmada pero aún no ratificada por España, prevé que «cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos».

(80) En este sentido, BAUMANN (citado por JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1106, traducción de la 3.^a edición alemana y adiciones de Derecho español a cargo de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE) asegura que este tipo de comiso es «totalmente absurdo».

(81) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La pena de comiso», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.^º 216-219 (enero-diciembre 1977), Ministerio de Justicia, Madrid, p. 20. Este autor se refiere a la medida que ahora estudiamos con la expresión «multa sustitutoria del comiso».

cuestro y comiso del producto de delitos de 1990, texto aún pendiente de ratificación por el Estado español (82).

Con respecto al ámbito procesal, también son pocas las novedades aportadas por el nuevo artículo 344 bis e) (83). Tras reiterar las previsiones ya recogidas por la reforma de 1988 destinadas a garantizar la efectividad del comiso («...los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias»), la norma recoge así mismo la posibilidad de que el Juez instructor competente acuerde que, mientras se sustancie el procedimiento, «los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas» (84).

IV. A MODO DE EPÍLOGO

En 1988, nuestro Parlamento se adelantó a la aprobación por parte de Naciones Unidas de la *Convención contra el tráfico ilícito de estupe-*

(82) En esta línea, por ejemplo, el Parlamento belga ha modificado por Ley de 17 de julio de 1990 el artículo 42 del *Code pénal*, previendo en su apartado tercero la aplicación del comiso sobre «las ventajas patrimoniales obtenidas directamente del delito, los bienes y valores por los cuales hayan sido sustituidas, y sobre los rendimientos derivados de la inversión de tales ventajas», no exigiendo que la infracción penal presente ninguna característica en especial. (*La traducción es nuestra*).

(83) Las insuficiencias procesales a las que se encuentra sometido el comiso del 344 bis e) son patentes, sobre todo con vistas a la confiscación de aquellos valores económicos intangibles que hoy se desplazan de un punto a otro del Planeta mediante transferencias electrónicas que viajan a la velocidad de la luz. No obstante, también es cierto que la necesaria regulación que debe de hacer frente a este género de realidades no es materia que deba ser regulada en un Código de Derecho penal sustantivo, sino en la correspondiente normativa procesal. Por ello, parece acertado que el legislador no haya incrementado la vertiente adjetiva del precepto que ahora comentamos, pero es criticable que no haya aprovechado la Ley Orgánica 8/1992 para dar forma positiva a esta materia.

(84) Sin duda alguna, ésta novedad encuentra su origen en la propuesta de modificación del artículo 344 bis e) realizada por la FISCALÍA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS (*Memoria, cit.*), cuyo párrafo tercero coincide literalmente con el nuevo apartado 2 del precepto. No obstante, la propia FISCALÍA reconoció que, en la práctica, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ya se encontraban autorizadas para utilizar tales bienes, efectos e instrumentos —vehículos, embarcaciones,...— tomando como fundamento disposiciones fragmentarias de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Real Decreto de 15 de octubre de 1976 sobre *Conservación y destino de las piezas de convicción*, evitándose con ello el natural deterioro que sufrirían por el desuso (*ibid.*).

Indudablemente, la citada propuesta recoge de un modo mucho más fiel que la Ley Orgánica 8/1988 los imperativos de la *Convención de Viena* en materia de comiso, tanto en sus aspectos sustantivos —y así, por ejemplo, el comiso sustitutivo o equivalente— como procesales.

facientes y sustancias psicotrópicas, dando a la luz una reforma del Código penal con la que hacer frente a un cúmulo de presiones internacionales dirigidas a incrementar la respuesta del ordenamiento penal español ante el mercado de las drogas (85). Cuatro años más tarde, el legislador se ha dejado llevar una vez más por las prisas y ha tratado de incorporar las exigencias derivadas del citado instrumento, olvidando que la de Viena no es una suerte de catecismo que haya de ser transcrita *ad pedem literam* al Derecho interno, sino un programa político-criminal de lucha contra la droga a partir del cual las distintas Partes en el Convenio, desde el respeto a la estructura y a los valores fundamentales de sus respectivos ordenamientos, deben integrarse en un frente común contra una de las formas más características de la criminalidad organizada.

No conviene, sin embargo, ser críticos en exceso. La Ley Orgánica 8/1992 incorpora ciertos aspectos dignos de ser valorados positivamente. De este modo, es preciso apuntar en su favor el intento en ella plasmado de trascender más allá del tradicional castigo de la circulación física de las sustancias estupefacientes para atender simultáneamente otros aspectos de vital importancia como son la industria de los precursores o —muy en especial— la trama financiera ligada al mercado de las drogas; pero ello no impide que creamos haber demostrado lo inadecuado de los modos a través de los cuales ha materializado la reforma, bien por no haber dotado a las nuevas figuras de la adecuada delimitación técnica, bien por incurrir en un buen número de incoherencias que ponen en evidencia graves defectos de sistemática. Por su parte, la juridificación de las entregas vigiladas parece adecuada, si bien es cierto que un diseño legislativo más depurado podría haber evitado un buen número de interpretaciones tan equívocas como interesadas por parte de ciertas instancias oficiales.

Sería injusto concluir este trabajo sin manifestar que, si existe un aspecto en la nueva Ley que sea digno de los mayores elogios, quizá fuera necesario olvidar lo que en ella se expresa y conceder el debido apoyo a una muy acertada omisión. En efecto, el legislador español ha sabido eludir las presiones de otros países de nuestro entorno —e incluso de ciertas voces que se alzan en el mismo sentido fronteras adentro— y negarse a criminalizar el tratamiento de la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes para el consumo personal (86), evitando con ello

(85) Así, José Luis Díez Ripollés afirma que el principal motivo que animó a la promulgación de la Ley Orgánica 1/1988 fue «un afán de granjearse la aprobación internacional tras un período en que la política española sobre drogas, debido especialmente a ciertos equívocos, había sufrido fuertes reproches en diversos foros internacionales» (*Los delitos relativos a drogas tóxicas,...*, *op. cit.*, p. 55).

(86) No puede pasarse por alto que el artículo 3.^º 2 de la propia *Convención de Viena* dispone que —siempre a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico— «cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su dere-

un doble proceso de victimización y marginación social del drogodependiente: en primer término, como enfermo; en segundo, como delincuente. Como acertadamente se ha señalado, «el Derecho Penal es sólo un medio, junto a otros, alternativos y preventivos, en la estrategia de disminuir la expansión del fenómeno del abuso de drogas. No constituye la panacea para solucionar en su plenitud problema alguno, tampoco éste» (87).

Así las cosas, sólo confiamos en que éste sea el último «experimento con gaseosa» que se practique sobre nuestro casi vez y media centenario Código penal, y que la aprobación del proyecto de texto punitivo fundamental que hoy se encuentra en las Cortes subsane el importante cúmulo de improvisaciones con el que la reforma que nos hemos atrevido a comentar nos ha sorprendido.

cho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicolíticas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971».

(87) BARBERO SANTOS, Marino: «El fenómeno de la droga en España», en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1986, p. 843.

TABLA COMPARATIVA DE NORMAS

**LEY ORGÁNICA 8/1992 (B.O.E.
24.12.1992)**

Artículo 344 bis a) CP.— *Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior...*

8.º *Cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas.*

9.º *Cuando el culpable participe en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*

10.º *Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de 16 años o utilizándolos.*

**CONVENCIÓN DE VIENA (B.O.E.
10.11.1990)**

Artículo 3.º (Delitos y sanciones)
1.5.— *Las Partes dispondrán lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como...*

b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.

c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito...

f) La victimización o utilización de menores de edad...

Artículo 344 bis e) C.P.— **1.º** *A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a las que se refiere el artículo 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

2.º *A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.*

Artículo 1.º (Definiciones).— *Salvo indicación expresa en contrario o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención...*

f) Por «decomiso» se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente.

Artículo 5.º (Decomiso).— **1.** *Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto. b) De estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.*

3.^º Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.

2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso...

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo. b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado. c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados...

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno...

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe...

Artículo 344 bis g) C.P.— El que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviere en su poder los equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios o Convenciones, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Artículo 3.^º (Delitos y sanciones) I.— Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente...

a) ...iv) La fabricación, el transporte, o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines...

c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico... ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y en el cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para tales fines...

Artículo 344 bis h) C.P.— 1. *El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.*

2. *Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos.*

3. *Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas.*

Artículo 344 bis i) C.P.— *El que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirllos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.*

Artículo 3.º (Delitos y sanciones)
1.— *Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente...*

b) i) *La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.*

ii) *La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.*

Artículo 3.º (Delitos y sanciones)
1.— *Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente...*

c) *A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirllos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos...*

Artículo 263 bis L.E.Cr.— 1. *El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores, podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.*

2. *Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias a que se refiere el párrafo anterior o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstaculativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.*

3. *El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales. Los funcionarios de la Policía Judicial darán cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y, si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.*

Artículo 1.º (Definiciones).— *Salvo indicación expresa en contrario o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el Texto de la presente Convención...*

8) *Por «entrega vigilada» se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el cuadro I o en el cuadro II anexos a la presente Convención o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención...*

Artículo 11 (Entrega vigilada).— *1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.*

2. *Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso...*

3. *Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan.*

Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP (*)

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ

Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

SUMARIO: I. Introducción.—II. Los delitos de sospecha: estructura y objeciones constitucionales.—III. El artículo 483 desde la perspectiva doctrinal.—IV. La jurisprudencia ordinaria y constitucional sobre el art. 483.—V. Análisis del art. 485.

I. INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este trabajo me voy a ocupar del análisis de la estructura de los delitos de sospecha así como de la incompatibilidad de éstos con la Constitución; en especial, se tratará de mostrar su inconstitucionalidad por ser siempre contrarios a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad y en bastantes casos también al derecho a no declarar contra sí mismo. Dado que el principio de culpabilidad no se recoge expresamente en la Constitución, se propone una fundamentación constitucional de éste a partir del derecho a la presunción de inocencia.

En la segunda parte se realizará un estudio de los tipos penales de los artículos 483 y 485 del Código penal. Hasta fecha reciente estos preceptos habían sido objeto de las críticas más acerbas por parte de la doctrina ya que se les consideraba delitos de mera sospecha. No obstante, y sobre todo a raíz del llamado «caso el Nani», un sector de la doctrina ha procedido a realizar una reinterpretación del art. 483, intentando justificar su elevada pena y eludir el calificativo de delito de mera sospecha.

(*) Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación PS 89-0142 sobre los delitos contra la libertad y seguridad financiado por la DGICYT. El artículo se concluyó en septiembre de 1992 por lo que sólo se contempla la bibliografía aparecida hasta ese momento.

No queda claro, sin embargo, si estas argumentaciones son trasladables al art. 485 CP, para cuya interpretación ha sido usual remitirse a lo dicho para el art. 483 CP (1).

En principio voy a partir de la hipótesis de que el art. 485 CP presenta una estructura idéntica a la del art. 483 CP y que, por ende, le resultan trasladables las consideraciones que se hagan en relación a éste. Al final dedicaré un apartado para verificar si la hipótesis de la que se partió es correcta o si, por el contrario, se demuestra falsa.

El análisis doctrinal del art. 483 va acompañado de un apartado especial dedicado a recoger la escasa jurisprudencia existente sobre el mismo, prestando especial atención a las resoluciones que se sucedieron con motivo del caso «el Nani».

II. LOS DELITOS DE SOSPECHA: ESTRUCTURA Y OBJETIVOS CONSTITUCIONALES.

El Código penal contiene una serie de preceptos que se suelen calificar de delitos de sospecha (2). La singularidad de éstos reside en que la existencia de ciertos elementos del tipo se infiere (presume) a partir de la concurrencia de otro u otros (3). En algunos casos, el precepto se cumple una vez probados los elementos que sirven de base a la presunción aunque deja abierta la posibilidad de refutar ésta por la actividad probatoria del acusado (4). En otros casos, los preceptos ni siquiera parecen admitir esta posibilidad (5). En todo caso, es necesario poner de

(1) Con la excepción de BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*. PE. 2.^a ed. Ariel, Barcelona 1991, pág. 159, quien ahora en la 2.^a edición de esta obra señala expresamente que las consideraciones sobre el art. 483 son válidas también para el art. 485.

(2) Así, por ejemplo, los artículos 483, 485, 216, 220, 257, 227, 315 CP. Piénsese también en las figuras ya derogadas que se contenían en los artículos 319.3, 408, 442, así como el párrafo segundo del art. 1 y el párrafo tercero del art. 502 que se eliminaron en la Reforma de 1983.

(3) Cfr. FRISTER, H.: *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*. Duncker & Humblot, Berlin 1988, p. 69.

(4) Así, por ejemplo, el art. 315 castiga la mera posesión de las materias o instrumentos mencionados en el art. 314 para la realización de falsificaciones. Pero el precepto no exige la prueba del elemento subjetivo, éste se presume a partir de la mera posesión. Esta presunción es relativa, pudiéndose refutar.

(5) Así, por ejemplo, el art. 216 establece: «Cuando la rebelión no hubiere llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán por tales los que de hecho dirigieren a los demás, o llevaren la voz por ellos, o firmaren los recibos u otros escritos expedidos a su nombre, o ejercieren otros actos semejantes de dirección o representación». En este caso, el precepto parece no admitir prueba en contrario. Si los jefes no se conocen, se tendrá por jefe a todo el que haya realizado alguna de las acciones mencionadas.

manifiesto que las presunciones formuladas por estos preceptos no son tales en sentido técnico. Las presunciones son «preceptos jurídicos que infieren la existencia de un elemento del supuesto de hecho legal de circunstancias ajena al mismo» (6). Por contra, la base de las presunciones establecidas en estos preceptos penales está integrada por otros elementos del supuesto de hecho legal. Además, el hecho presunto no aparece siempre reflejado en la redacción del precepto.

Si nos preguntamos por la «ratio» de la formulación de estos tipos penales, la respuesta la encontramos en el plano procesal. El legislador, consciente de las dificultades probatorias que determinadas figuras delictivas presentan, opta por resolverlas a nivel legislativo. Con ello se soluciona un problema procesal a través del Derecho material (7).

Cuestión distinta es cómo se ha traducido todo esto en la redacción del precepto material. Como ya se ha visto, los preceptos no siempre recogen la circunstancia presunta, sino que en algunos casos contienen ciertos elementos integrantes del tipo más la omisión de una conducta que en el fondo supone una regla de prueba. Estas omisiones constituyen presupuestos de la pena; problema distinto es su significación dogmática en la estructura de estos preceptos: en el funcionamiento de éstos

(6) ROSENBERG/SCHWAB: *Zivilprozeßrecht*. 13.^a ed. C. H. Beck, München 1981, p. 679. En este sentido se manifiesta también GUTIERREZ CABIEDES, E.: «El principio *pro reo* en el Derecho y en el proceso penal» en *Estudios de Derecho procesal*. Universidad de Navarra, Pamplona 1974, pp. 496 y s.

(7) Por esta vía se establecen excepciones a los principios del proceso penal; en particular a la libre valoración de la prueba y a la carga de la misma. Así, el art. 227, a falta de jefes conocidos, tiene por tales a los que hayan realizado alguno de los actos previstos en dicho precepto. El juez es libre para apreciar si concurre alguno de los actos pero, una vez apreciada la existencia del mismo, ha de aplicar el precepto aunque existan pruebas que le lleven a la convicción contraria.

En otros casos se alteran las reglas de la carga de la prueba. En la teoría procesal se distingue entre carga de la prueba en sentido formal y en sentido material. Por la primera se fijan las circunstancias que corresponden probar a cada parte en el proceso. En el Derecho procesal penal, en principio, no se puede hablar de carga de la prueba en sentido formal, ya que ésta es propia de los procesos dispositivos. Por la segunda se fija a quién ha de perjudicar la no constancia de un presupuesto de la consecuencia jurídica. En el proceso penal perjudica siempre a la acusación. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*. 10.^a ed. Madrid 1986, pp. 278 y ss.; GIMENO SENDRA, V. en *Derecho procesal*. Tomo II. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1989, p. 79. Este último con referencias a la jurisprudencia constitucional, que atribuye a la acusación la carga material de la prueba como primera garantía de la presunción de inocencia.

Los delitos de sospecha, que contienen incisos como «salvo prueba en contrario», «no diere descargo suficiente» y similares, suponen una alteración de las reglas de la carga de la prueba. Al presumir ciertos elementos salvo que se demuestre lo contrario, suponen un desplazamiento al acusado de la carga de la prueba, cargándole asimismo el fracaso de la misma. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1984, pp. 295 y ss.

el elemento presunto no juega ningún papel. Basta que se den los restantes elementos, que sirven de base simultáneamente a la presunción, y que no se realice la conducta que destruya la presunción para que tenga entrada la pena (8). El elemento presunto se viene a sustituir por la omisión de la conducta de descargo. Ahora bien, ¿significa esto que las omisiones integran el tipo de estos preceptos? A mi juicio, los incisos «salvo prueba en contrario» o similares no se pueden integrar en el tipo por dos razones.

En primer lugar, la omisión nada tiene que ver con el injusto que estos preceptos pretenden sancionar, y que está plenamente constituido a la hora de verificar las omisiones, las cuales, por tanto, no añaden nada a éste. Cuando la omisión tiene lugar, sólo caben dos posibilidades: o el sujeto había realizado la conducta delictiva o no la había realizado; con la particularidad de que la no constancia de la segunda posibilidad basta para la aplicación de la pena (9).

En segundo lugar, la integración de la omisión en el tipo implica que no basta con la mera concurrencia objetiva de la misma, sino que es necesario que ésta sea imputable al sujeto omitente. La omisión sólo es imputable si el sujeto omite, a pesar de que podía realizar la conducta exigida por el precepto. Si se tiene en cuenta que la pena se aplica cuando el sujeto no acredita la inexistencia del elemento presunto (dolo, autoría, etc.), la inclusión de la omisión (no acreditación) en el tipo exige que el sujeto no realice esta actividad aunque puede hacerlo. Esto conduce a que la pena solo se aplique a los sujetos que, pudiendo acreditar, no lo hacen. Pero si pueden acreditar es porque el elemento presunto no existe y, además, el sujeto puede probarlo. Si pensamos, por ejemplo, en las presunciones de dolo, ello significaría que la pena sólo se aplicaría a los casos en que el sujeto podía acreditar que no existía dolo y, sin embargo, no lo hace. La inclusión de estas omisiones en el tipo conduce a aplicar estos preceptos precisamente en los casos en que no existe lo injusto que se pretende abarcar con ellos (10).

(8) Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «La presunción legal de voluntariedad» en *ADPCP* 1965, p. 39, quien afirma que «en una presunción legal relativa, por ejemplo, probado el hecho base y ausente una prueba en contrario, el juez debe deducir necesariamente la existencia del hecho presunto, aun cuando en el caso concreto le parezca muy improbable».

(9) Piénsese, por ejemplo, en la presunción de voluntariedad que se contenía en el art. 1.2 con anterioridad a la Reforma de 1983. De la realización de una acción u omisión penada por la ley se presumía la voluntariedad salvo que se demostrase lo contrario. Sólo la prueba de que la acción no *había sido* voluntaria excluía la pena. Pero en el momento de la actividad probatoria ya ha tenido lugar la acción y desde la perspectiva de la voluntariedad, o la acción se realizó voluntariamente o no. La particularidad de los delitos de sospecha es que para la aplicación de la pena basta la no constancia del elemento en cuestión.

(10) Piénsese también, por ejemplo, en el antiguo artículo 509.1. Con este precepto se pretende penar la tenencia de útiles para la comisión de robos. Sin embargo, pa-

Por tanto, estos preceptos se cumplen con la simple concurrencia objetiva de la omisión. Esto significa que la omisión solo puede ser una condición objetiva de punibilidad ya que ésta no exige que el elemento en cuestión sea imputable al sujeto. Sobre esta cuestión me ocupare más adelante con más profundidad en relación con la concreta formulación del art. 483.

En definitiva, los delitos de sospecha son el resultado de la confluencia en un precepto de dos planos: procesal y penal. El problema a tratar a continuación es el de si estos preceptos son admisibles en el ordenamiento jurídico. A esta cuestión se responde por la mayoría de la doctrina negativamente. En unos casos se afirma la incompatibilidad de estos preceptos con el principio de culpabilidad (11). En otras ocasiones, se pone de relieve que los delitos de sospecha suponen infracciones del derecho a la presunción de inocencia (12). Finalmente, otros autores indican que los delitos de sospecha constituyen infracciones tanto del principio de culpabilidad como del derecho a la presunción de inocencia (13).

En realidad, los delitos de sospecha suponen una violación del principio de culpabilidad, del derecho a la presunción de inocencia y, eventualmente, del derecho a no declarar contra sí mismo (14).

ra la sanción basta la mera tenencia y que el sujeto no acredite que los tiene para otros fines. El no dar descargo constituye el segundo presupuesto de la pena. La integración de esta omisión en el tipo conlleva que no baste la mera existencia objetiva de la omisión, sino que ésta tiene que ser imputable al sujeto. Esto exige que el sujeto omita la conducta a pesar de que estaba en la situación de realizarla, o sea, que el sujeto no dé descargo a pesar de que puede hacerlo. Ahora bien, ¿no presupone ello que el sujeto tiene los útiles para otros fines y que, además, los puede acreditar? Si ello es así, el precepto se aplica sólo en los casos en que el sujeto tiene útiles idóneos para la comisión de robos sin intención de emplearlos para éste fin y, además, puede acreditarlo.

(11) Así, por ejemplo, COBO/VIVES: *Derecho penal*. PG. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1990, p. 412. Para éstos, «el principio de culpabilidad resulta infringido cuando se castiga por actos presuntos o por hechos de otro...». También el legislador ha justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 la supresión del art. 408, que también ha sido calificado de delito de sospecha, «por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el principio mismo de culpabilidad».

(12) En este sentido, MIR PUIG, S.: *Derecho penal*. PG. 3.^a ed. PPU, Barcelona 1990, p. 161, quien señala que los artículos 483 y 485 contienen sendas presunciones «de responsabilidad del sujeto por la muerte o desaparición de la víctima», lo que supone una infracción de la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 105/88, de 8 de junio y en el Auto 419/90, de 28 de noviembre se ha ocupado de dos preceptos (509 y 483) calificados tradicionalmente de delitos de sospecha. En ambas resoluciones se analizan los preceptos únicamente desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia. Cfr. infra pp. 673 y s.

(13) Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. en *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Tirant lo blanch, Valencia 1993, p. 362.

(14) La Constitución española ha optado por el reconocimiento expreso de este derecho del acusado de un delito. En Alemania, donde este derecho no está expresamente recogido en la Ley Fundamental, un sector de la doctrina lo considera integrado en la

Este último supone el reconocimiento del derecho del acusado de un delito a permanecer inactivo, o sea, a no contribuir a la prueba de su propia culpabilidad (15). De modo especial entran en abierta contradicción con este derecho fundamental los delitos de sospecha que presumen un elemento del tipo a partir de la concurrencia de los demás salvo que el acusado realice una actividad probatoria que refute la presunción. En estos casos el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo por el acusado lleva aparejada la pena del precepto correspondiente (16).

En segundo lugar, los delitos de sospecha violan siempre el derecho a la presunción de inocencia. Este exige que se considere al acusado de un delito inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad. En los delitos de sospecha se castiga con base en la prueba de parte de los elementos de la figura delictiva y en la presunción de la concurrencia de otros. Dado que el derecho a la presunción de inocencia ha sido reconocido por la Constitución en su artículo 24.2 con rango de fundamental, los delitos de sospecha resultan inconstitucionales.

Llegados a este punto, se podría dar por terminado el problema de la admisibilidad de los delitos de sospecha en el ordenamiento jurídico español sin necesidad de abordar el principio de culpabilidad. Y ello con más razón si se tiene en cuenta que el primer problema suscitado por éste

presunción de inocencia. Así, VÖGLER, T. en *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1986, pp. 152 y ss.; GURADZE, H.: *Die Europäische Menschenrechtskonvention*. Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt 1968, p. 104. En contra, ROGALL, K.: *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*. Duncker & Humblot, Berlin 1977, pp. 109 y ss.; MEYER, K.: «Grenzen der Unschuldsvermutung» en *Festschrift für H. Tröndle*. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1989, pp. 67 nota 47 y 68.

(15) Cfr. ROGALL, K.: *op. cit.* (nota 14) p. 158. El derecho a no declarar contra sí mismo constituye un límite infranqueable a la libre apreciación de la prueba que incumbe a los Tribunales, de tal forma que cuando se hace uso de él está vetado al Tribunal entrar en su valoración. Así, ALMAGRO NOSETE, J. en *Derecho procesal*. T. II. 3.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1989, p. 300; ORTELLS RAMOS, M. en *Derecho jurisdiccional*. T. III. Librería Bosch, Barcelona 1991, p. 330. Por tanto debe rechazarse la constatación de VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *op. cit.* (nota 6), p. 93, en la nota 130 y la doctrina en ella citada, de que «la importancia que el comportamiento del imputado, sus manifestaciones o silencios, sus reticencias y actitud, puede tener en la convicción del Tribunal, hoy, no puede ser negado». En Alemania, por todos, ROGALL, K.: *op. cit.* (nota 14), pp. 247 y ss.

(16) El Tribunal Constitucional en la Sentencia 105/88, de 8 de junio, F.J. 3, ha manifestado que el art. 24.2 de la Constitución obliga a presumir «que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo». Subrayado añadido.

te es el de su rango normativo. Sin embargo, esta afirmación está expuesta a dos objeciones. De un lado, puede traer consigo el peligro de que se la generalice; o sea, que de ella se extraiga la conclusión de que con la presunción de inocencia se pueden resolver todos los problemas planteados desde el principio de culpabilidad (17). De otro lado, la calificación de un precepto como delito de sospecha es el resultado de la interpretación y no se debe olvidar que en ocasiones tal calificación se debe simplemente a que la interpretación de los presupuestos establecidos por el precepto no permite en absoluto justificar, por ejemplo, la pena que se impone. Sin embargo, la pena no juega papel alguno desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia ya que éste exige únicamente que se tenga por inocente al acusado hasta la prueba de todos los presupuestos del delito. Ahora bien, la pena no es presupuesto sino la consecuencia del mismo (18). Además, no es función de la presunción de inocencia determinar qué presupuestos ha de contener el delito. De ahí que el abordar los delitos de sospecha sólo desde la perspectiva de la presunción de inocencia sea insuficiente. Esto pone de relieve la necesidad de abordar el principio de culpabilidad, tanto sus relaciones con el derecho a la presunción de inocencia como la cuestión de si es posible inferir aquél de la Constitución.

El principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia están estrechamente vinculados y se implican recíprocamente, como intentaré mostrar en este apartado. Sin embargo, no son conceptos que se puedan identificar, sino que cada uno tiene su propio contenido y función. Por ello, la lesión de uno no implica necesariamente la lesión del otro sino que en este sentido caben tres posibilidades: lesión del princi-

(17) Ya la propia definición de la presunción de inocencia dada en el texto parece apuntar en este sentido. Ello se debe a que al término «culpabilidad» se le atribuyen distintos sentidos. Sobre esto, cfr. infra, nota 27. Especialmente llamativo es el recurso indiscriminado a este derecho en los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Véase también MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), p. 161, quien parece incurrir en esta generalización cuando afirma que las condiciones objetivas de punibilidad «viene a permitir prescindir de las exigencias necesarias para la prohibición de un hecho, como la constancia efectiva de un determinada conducta lesiva, que se sustituyen por su presunción cuando concurre la condición objetiva de que se trate». Sin embargo, la doctrina ha vinculado siempre el uso de estas condiciones al principio de culpabilidad sin perjuicio de que en algún caso también se afecte a la presunción de inocencia aunque Mir parece vincularlas sólo a la presunción de inocencia. Cfr. sobre esto, JESCHECK, H. H.: *Lehrbuch des Strafrechts*. 4.^a ed. Duncker & Humblot, Berlin 1988, pp. 502 y ss.

(18) Piénsese, por ejemplo, en el antiguo artículo 408 o en el artículo 483. En el primero se podría llegar a la conclusión de que el legislador sólo quería castigar las lesiones causadas en una riña tumultaria cuando en el transcurso de la misma hubiera tenido lugar una muerte y se desconociera al autor de la misma. Ahora bien, los problemas surgen cuando se comprueba que la pena prevista en este precepto es notablemente superior a las penas previstas para las lesiones. Sobre el art. 483, infra pp. 665 y ss.

pio de culpabilidad, lesión del derecho a la presunción de inocencia y lesión simultánea de ambos.

En primer lugar, es posible una lesión del principio de culpabilidad sin que se afecte al derecho a la presunción de inocencia, como sucede en el caso del delito cualificado por el resultado. Los delitos cualificados por el resultado, que conceptualmente deben referirse a la fórmula tipo básico doloso con un resultado ulterior más grave causado por imprudencia (19), representan un caso de violación del principio de culpabilidad (20) que admiten incluso autores que defienden su mantenimiento en los Códigos penales (21). Mas la aplicación de un tipo penal que contenga un delito cualificado por el resultado no implica una infracción del derecho a la presunción de inocencia. Esta obliga a tener al acusado por inocente hasta tanto no se haya demostrado su culpabilidad por sentencia firme, es decir, hasta la prueba de todos los presupuestos del precepto penal, pero no es ella la que determina los elementos que deben integrar el injusto culpable ni la relación entre éste y la pena. Además, en este ámbito el término culpabilidad tiene un sentido distinto, más amplio, pues se refiere a todos los presupuestos necesarios para la aplicación de la pena (22) lo que incluye, por ejemplo, circunstancias que nada tienen que ver con el principio de culpabilidad, como las condiciones objetivas de punibilidad (23). Por tanto, en un proceso penal que verse sobre un delito cualificado por el resultado, una vez demostrados los elementos de la figura delictiva, se dan todos los requisitos procesales para poder emitir un fallo de culpabilidad al haberse visto rota la presunción de inocencia. En consecuencia, procesalmente la sentencia es intachable y, a pesar de ello, desde un punto de vista penal existe una infracción del principio de culpabilidad.

En segundo lugar, se puede infringir el derecho a la presunción de inocencia sin que se lesione al mismo tiempo el principio de culpabilidad. Aquí vienen al caso toda una serie de infracciones producidas durante un proceso como, por ejemplo, la condena de un acusado con

(19) Cfr., por todos, DIEZ RIPOLLES, J. L.: «Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.^º del proyecto de Código penal español de 1980» en *ADPDC* 1982, pp. 627 y ss. y 1983, pp. 101 y ss., en especial, pp. 629 y ss.

(20) Así, acertadamente, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 19), pp. 101 y ss.

(21) Por todos, KAUFMANN, Arthur: *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed. Carl Winter, Heidelberg 1976, pp. 240 y ss.

(22) Así, SCHRÖDER, H.: «Zur Zulässigkeit gesetzlicher Beweisregeln im Strafrecht» en *NJW* 1959, p. 1904; KÖSTER, R. J.: *Die Rechtsvermutung der Unschuld*. Tesis doctoral no publicada, Bonn 1979, p. 163.

(23) Siempre que este concepto se restrinja a las denominadas propias. En tanto las condiciones objetivas impropias reflejan una parte del injusto de una conducta, su verdadera sede está en el tipo. Lo contrario llevaría precisamente a una violación del principio de culpabilidad. Sobre la distinción condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, cfr. nota 96.

pruebas obtenidas ilegalmente o el decreto de una prisión preventiva allí donde no se dan los requisitos para ello, etc. (23 bis)

Finalmente, nos encontramos con la posibilidad de que una infracción del principio de culpabilidad represente simultáneamente una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En este punto se suele citar el caso de los delitos de sospecha, tal vez uno de los pocos casos en que esto sucede (24). Que un tipo de mera sospecha viola el derecho a la presunción de inocencia es obvio, por cuanto no exige que se demuestre la totalidad de la conducta delictiva, presumiendo, normalmente *iuris tantum*, su concurrencia con inversión de la carga de la prueba, es decir, se considera al acusado culpable en tanto no demuestre lo contrario. Pero es que además se viola el principio de culpabilidad pues, en tanto la responsabilidad penal es responsabilidad por el hecho propio, este principio exige como base una conducta real y no una mera presunción. Sólo si se ha dado realmente la conducta tiene sentido exigir respecto a ella dolo o imprudencia (25).

En definitiva, no toda violación del principio de culpabilidad determina una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la inversa. De ahí la importancia de determinar si el principio de culpabilidad ha encontrado acogida en la Constitución y, en caso afirmativo, dado que expresamente no se menciona por ésta, de donde se puede inferir. De lo contrario, se corre el peligro de intentar solucionar los problemas referidos al principio de culpabilidad con el derecho a la presunción de inocencia, atribuyéndole un sentido y función que en absoluto le corresponden.

La fijación del contenido del principio de culpabilidad constituye un punto previo al problema de su posible rango constitucional. Los límites de este trabajo me obligan a partir de un determinado concepto de éste, sin abordar la rica problemática que conlleva. En este sentido, y sin entrar en la cuestión de si el principio de culpabilidad presupone reprochabilidad o no (26), voy a partir de que éste representa un principio

(23 bis) Cfr. *infra* p. 650.

(24) Muy problemáticos resultan los casos en los que el legislador ante el fracaso de algunos tipos penales por la dificultad de probar alguno o algunos de sus elementos en el proceso, procede a eliminarlos, reduciendo el tipo penal a su mínima expresión. Cfr. VOLK, K.: «*Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*» en *JZ* 1982, pp. 90 y s. Este problema se plantea especialmente en relación al tipo subjetivo donde a veces el legislador ante la dificultad de probar el dolo, crea un tipo imprudente con una pena muy similar a la del tipo doloso. Cfr., sobre esto, HILLENKAMP, T.: «*Beweisnot und materielles Recht*» en *Festschrift für Rudolf Wassermann*. Luchterhand, Neuwied-Darmstadt 1985, p. 873.

(25) En este sentido, FRISTER, H.: *op. cit.* (nota 3), pp. 77 y s. así como la bibliografía por él citada en nota 42.

(26) Ello es admisible pues, con independencia de la postura que se adopte respecto a la reprochabilidad, se suelen aceptar las consecuencias del principio de culpabilidad. Cfr. FRISTER, H.: *op. cit.* (nota 3), pp. 17 y s.; ROXIN, C.: «*Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?*», trad. J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *CPC* 30, 1986, pp. 671 y ss.

político-criminal en virtud del cual sólo cabe exigir responsabilidad jurídico-penal por el hecho propio, con intervención de dolo o culpa, dándose la imputabilidad y el conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad. Este principio determina que sólo es posible imponer pena allí donde exista culpabilidad en este sentido (27) y que en ningún caso la medida de la pena debe sobrepasar la de la culpabilidad (28). El principio de culpabilidad no implica que la pena no pueda quedar por debajo de la culpabilidad o que incluso se pueda prescindir totalmente de ella por razones preventivas (29).

La Constitución española de 1978 que ha recogido expresamente el derecho a la presunción de inocencia en su art. 24.2, no ha mencionado,

(27) El término culpabilidad se utiliza con diversas acepciones. Cfr. sobre algunas de ellas, PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la preventión general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma, Madrid 1990, pp. 56 y ss. En primer lugar, la culpabilidad designa un principio político-criminal con un contenido igual o semejante al formulado en el texto. En segundo, lugar, la culpabilidad designa una de las categorías dogmáticas del delito. En tercer lugar, la culpabilidad tiene también una acepción procesal. En este sentido, la culpabilidad es el conjunto de presupuestos necesarios previstos en un precepto penal para poder aplicar la pena. Aquí la culpabilidad abarca las circunstancias del tipo, la antijuridicidad, la culpabilidad como categoría dogmática así como otros presupuestos que la doctrina dominante ubica más allá de estas categorías (condiciones objetivas de punibilidad y excusas absuadoras). Cfr. SCHRÖDER, H.: *op. cit.* (nota 22), p. 1904. Esta diversidad de acepciones del término culpabilidad no siempre se tiene en cuenta. Así, BEMMANN, G.: *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*. Otto Schwartz, Göttingen 1957, pp. 52 y ss. Para este autor si se sigue a la doctrina dominante que ubica las condiciones objetivas de punibilidad más allá del injusto culpable, se llega al absurdo de que un Tribunal, una vez constatado el *injusto culpable* de un precepto que exige además la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad para la imposición de la pena, se verá obligado a declarar *no culpable* a quien ha realizado un injusto culpable si no concurre la condición objetiva. Por último me parece cuestionable que la culpabilidad en su acepción de principio político-criminal se pueda contraponer a inocencia, como hace MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 105 y ss. En mi opinión, la contraposición inocencia-culpabilidad se da en la tercera acepción citada como se pone de manifiesto en el derecho a la presunción de inocencia en virtud del cual se tendrá por inocente al acusado de un delito hasta la prueba de su culpabilidad.

(28) Cfr., por todos, JESCHECK, H. H.: *op. cit.* (nota 17), pp. 18 y s. Para algunos autores el principio de culpabilidad solo establece los presupuestos que permiten imputar una conducta a un sujeto sin afirmar nada sobre la medida de la pena en relación al hecho. Esto lo hace el principio de proporcionalidad. Así, por todos, MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 110 y ss. Sobre la relación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, sosteniendo una postura distinta a la de Mir, cfr., entre otros, ROXIN, C.: *op. cit.* (nota 26), pp. 678 y s.; KAUFMANN, Arthur: «Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitgrundsatz» en *Festschrift für Richard Lange*. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1976, pp. 27 y ss.

(29) Así, entre otros, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*. T. I. 3.^a ed. Tecnos, Madrid 1985, pp. 27 y s.; ROXIN, C.: *Strafrecht*. AT I. C. H. Beck, München 1992, p. 42. En contra, con más referencias bibliográficas, JESCHECK, H. H.: *op. cit.* (nota 17), pp. 20 y s.

sin embargo, el principio de culpabilidad (30). Tampoco el Tribunal Constitucional se ha pronunciado hasta ahora sobre el tema, si bien ha tenido dos oportunidades de hacerlo, rechazando en ambas ocasiones entrar en ello por no considerarlo necesario para resolver los casos que se le plantearon (31). Desde mi punto de vista, de la interpretación (32)

(30) En Alemania, a pesar del silencio de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha reconocido rango constitucional a ambos principios. La presunción de inocencia la extrae del principio del Estado de Derecho (BVerfG 74, 358 [370]). Respecto al principio de culpabilidad, aunque alguna Sentencia lo ha inferido sólo del principio del Estado de Derecho (BVerfG 20, 323 [331]), normalmente se infiere tanto del principio del Estado de Derecho como del de la dignidad de la persona (BVerfG 50, 205 [214], 80, 244 [255], entre otras). No es, en principio, baladí extraerlo de la dignidad de la persona, pues ésta se encuentra recogida en el Título I que trata de los derechos fundamentales, que son los únicos junto con los derechos contenidos en los arts. 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 por cuya lesión el ciudadano puede interponer recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, según establece el art. 94.1.4a. No obstante, el Tribunal Constitucional Federal ha negado el carácter de derecho fundamental a la dignidad de la persona, calificándolo como principio constitutivo de la Ley Fundamental (BVerfG 45, 187 [227]), basándose en que la dignidad de la persona se recoge en el art. 1.1 de la Ley Fundamental, señalándose en el art. 1.3 que «los siguientes derechos fundamentales vinculan a la legislación, poder ejecutivo y jurisprudencia como Derecho directamente vinculante», luego la dignidad queda fuera. Esto se discute por un importante sector de la doctrina constitucional por cuanto el art. 1.1, tras reconocer el carácter inviolable de la dignidad humana, añade que «respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal», por lo que hubiera sido redundante incluir en el art. 1.3 la dignidad de la persona. Cfr. sobre este aspecto, por todos, KRAWIETZ, W.: «Gewahrt Art. 1 Abs. 1 dem Menschen ein Grundrecht auf Achtung und Schutz seiner Würde?» en *Gedächtnisschrift für K. Klein*, Franz Vahlen, München 1977, pp. 245 y ss. La interpretación del Tribunal Constitucional federal alemán de la dignidad de la persona trae consigo que la lesión del principio de culpabilidad por sí misma no sea directamente justificable si no se pone en relación con un derecho fundamental. Esto obliga a vincular la infracción del principio de culpabilidad con los derechos fundamentales afectados por la pena. Ello no plantea problemas porque, a diferencia de la Constitución española, la Ley Fundamental alemana recoge entre los derechos fundamentales la propiedad y, además, se considera que la pena, en todo caso, afecta al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad del art. 2.1. Cfr. sobre esta última cuestión, v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK: *Das Bonner Gesetz*. Vol. I. 3.^a ed. Franz Vahlen, München 1985, pp. 36 y ss.

(31) SSTC 65/86, de 22 de mayo, F. J. 3 y 19/88, de 16 de febrero, F. J. 4.

(32) Tradicionalmente se ha considerado que las Constituciones no presentaban ninguna peculiaridad frente a las leyes y, por tanto, la interpretación de aquéllas se habría de realizar con arreglo a los criterios tradicionales. Frente a esta posición, se ha puesto de manifiesto en la teoría constitucional moderna que los textos constitucionales contienen normas muy indeterminadas, que establecen el ordenamiento básico del Estado con «fórmulas lapidarias y cláusulas fundamentales» -BÖCKENFÖRDE, E. W.: «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» en *NJW* 1974, p. 1529. Cfr. también, HESSE, K.: *Gründzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland*. 18.^a ed. C. F. Müller, Heidelberg 1991, p. 20; LAURENZO COPELLO, P.: *El aborto no punible*. Bosch-SPICUM, Barcelona 1990, pp. 11 y ss.; BOCKENFÖRDE, E. W.: «Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik»: en *NJW* 1976, p. 2091.

de la Constitución es posible inferir el rango constitucional del principio de culpabilidad.

El modelo de Estado establecido por la Constitución juega un papel capital tanto como base de la interpretación constitucional (33) como por su carácter de auténtica norma constitucional.

El problema de la determinación del modelo de Estado configurado por la Constitución empieza por la misma fórmula empleada por el art. 1.1 al configurar a España como «Estado social y democrático de Derecho» (34). Ello se produce porque la Constitución opta por «una concepción sintética del Estado» (35), resultante de la confluencia de tres modelos de Estado diferentes: Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático (36). La adopción de esta fórmula plantea problemas

Con base en esta peculiaridad se recalca la necesidad de concretar debidamente las normas constitucionales y la insuficiencia de los métodos tradicionales de interpretación para la realización de esta labor. Así, por ejemplo, HESSE, K.: *op. cit.* pp. 21 y ss.; LAURENZO COPELLO, P.: *op. cit.* pp. 8 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Técnicos, Madrid 1984, pp. 249 y ss.; STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. T. I. 2.^a ed. C. H. Beck, München 1984, pp. 137 y ss.; BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Die Methoden*. *op. cit.* p. 2090. Mientras en la doctrina constitucional existe un acuerdo bastante extendido sobre este punto, los Tribunales Constitucionales son muy reacios a reconocer esta situación y, cuando se manifiestan sobre la hermenéutica constitucional, se adhieren siempre al método tradicional de interpretación. Mas no resulta difícil encontrar Sentencias de éstos en las que se llega a conclusiones no extraíbles de una interpretación con arreglo al método tradicional. Recalca este doble aspecto de la actuación del Tribunal Constitucional, RUBIO LLORENTE, F.: «Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español» en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*. T. I. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1987, pp. 545 y ss. En relación al Tribunal Constitucional alemán, HESSE, K.: *op. cit.* p. 23.

Ante las insuficiencias del método tradicional, la doctrina constitucional se ha aplicado a la elaboración de un método de interpretación constitucional. Sin embargo, hasta el momento no se ha alcanzado un acuerdo en este punto, existiendo un amplio abanico de métodos. Ofrece una buena sistematización de los diversos métodos que se han propuesto, BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Die Methoden*. *op. cit.* pp. 2090 y ss. Una de las mayores dificultades a las que se enfrentan estos métodos para la concreción de las normas constitucionales reside en cómo evitar «el peligro de la realización de la propia valoración del intérprete» -STERN, K.: *op. cit.*, p. 138.

(33) Para BÖCKENFÖRDE, el punto decisivo para fortalecer el carácter normativo de la Constitución «no reside en el perfeccionamiento y reflexión desde un punto de vista metodológico de las fases concretas de la interpretación» —*Die Methoden*. *op. cit.* (nota 31), p. 2097— sino en «la referencia de ésta a una teoría de la Constitución y/o una concepción del Estado» -*Grundrechtstheorie*. *Op. cit.* (nota 31), p. 1529.

(34) Se trata de una fórmula muy similar a la usada por la Ley Fundamental alemana en su art. 20.1.

(35) MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2.^a ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1982, p. 19.

(36) El Estado democrático «responde a la cuestión del portador y titular» del poder, es decir, «se refiere a la formación, legitimación y control de los órganos» que

porque las exigencias de cada modelo no siempre se complementan sino que a veces coliden con las de los otros.

El Estado social y democrático de Derecho se concreta ya en el Título Preliminar y el art. 10 de la Constitución en una serie de principios y valores de enorme trascendencia. Esto no sólo porque configuran la base de la interpretación constitucional sino porque «un valor o un principio constitucionales no precisan hallarse expresamente desarrollados en normas específicas para que puedan ser invocados o aplicados, ya que...son susceptibles de aplicación inmediata en cuanto constituyen auténticas normas constitucionales» (37). En este primer nivel de la fundamentación del principio de culpabilidad a nivel constitucional es necesario comprobar si del modelo de Estado concretado en una serie de principios generales cabe inferir el de culpabilidad.

La configuración del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho hay que ponerla en conexión con el art. 10.1 de la

han de ejercer el poder estatal -BÖCKENFÖRDE, E. W.: «Demokratie als Verfassungsprinzip» en *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1991, p. 365. Soberanía popular, pluralismo, y participación política, por ejemplo, pertenecen al contenido del Estado democrático.

El Estado de Derecho apunta al «contenido, alcance y procedimiento de la actividad estatal» -BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Demokratie*. *Op. cit.* p. 365. En esta concepción el Estado de Derecho no se reduce a un principio meramente formal sino que constituye un principio material. Cfr. MIR PUIG, S.: *Función*. *Op. cit.* p. 14; MAUNZ/ZIPPELIUS: *Deutsches Staatsrecht*. 28.^a ed. C. H. Beck, München 1991, p. 85; HESSE, K.: *op. cit.* (nota 32), p. 80; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *El Derecho Penal ante el sexo*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1981, p. 30. Algunos de los principios del art. 9.3 pertenecen claramente al Estado de Derecho como los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica.

Finalmente, el Estado social constituye un «mandato de acción dirigido a los órganos estatales con el fin de reducir el antagonismo y desigualdad sociales en la sociedad y asegurar las condiciones indispensables para la realización de la libertad de todos» -BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Demokratie*. *Op. cit.* p. 375. El art. 9.2 de la Constitución respondería al contenido del Estado social.

Como se puede observar, no se han atribuido a los distintos modelos de Estado importantes principios como el de justicia, división de poderes, igualdad, libertad, etc. Ello es debido a que en muchos casos no es claro a qué modelo de Estado pertenece un principio o si no es propio de más de uno de ellos. Esta cuestión es importante allí donde se produzca un conflicto entre las exigencias de distintos modelos. En otro caso, si el principio de justicia, por ejemplo, pertenece al Estado de Derecho, al Estado social o a los dos no es de gran trascendencia. Lo realmente relevante es que la Constitución española haya recogido éste y otros principios.

(37) PÉREZ LUÑO, A. E.: *op. cit.* (nota 32), p. 292. Subrayan el carácter normativo de toda la Constitución, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Constitución como norma jurídica» en *La Constitución española de 1978*. 2.^a ed. Civitas, Madrid 1981, p. 144; DIEZ RIPOLLES, J. L.: «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario» en *CPC 30*, 1986, p. 614. En este sentido se ha manifestado también reiteradamente el Tribunal Constitucional, cfr., entre otras, las SSTC 80/82, de 20 de diciembre, F. J. I y 16/82, de 28 de abril. F. J. I.

Constitución donde se consagran como «fundamento del orden político y de la paz social», entre otros, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Se trata de conceptos básicos a la hora de determinar la relación persona-sociedad-Estado. En concreto, el Tribunal Constitucional ha calificado la dignidad de la persona como «valor jurídico fundamental» (38), destacando que su relevancia y significación «se demuestra ya en su ubicación sistemática» (39). No se trata de un concepto fácil de manejar por cuanto es indeterminado (40). Ante las dificultades que plantea este concepto, Dürig ha propuesto una definición negativa vinculada a su lesión. Para él, «la dignidad humana se afecta si la persona individual se reduce a objeto, a un puro medio, a una magnitud fungible» (41). Este concepto tiene importantísimas repercusiones en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico y, especialmente, en el Derecho penal pues, como ha formulado Vitzthum, parafraseando a Dürig, «el Derecho penal es una de las armas más enérgicas del Estado para la protección de la dignidad de la persona y, sin embargo, trae consigo simultáneamente —de forma dialéctica— una de las más graves amenazas para la dignidad de la persona» (42).

Pues bien, de todas las consecuencias que para el Derecho penal es posible extraer de esta concepción (43), me voy a centrar en las referentes al principio de culpabilidad. En este sentido, hay que plantearse si sólo un Derecho penal basado en el principio de culpabilidad es compatible con un Estado social y democrático de Derecho que tiene como fundamento la dignidad de la persona. En mi opinión la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa por las razones que a continuación desarrollaré.

(38) STC 53/85, de 11 de abril, F. J. 3.

(39) STC 53/85, de 11 de abril, F. J. 3.

(40) No obstante, conviene recordar que estos conceptos no son absolutamente imprecisos sino que su particularidad reside en que junto a un núcleo conceptual con un contenido claro se da un halo conceptual en el que no existe seguridad de que su contenido y alcance correspondan al concepto. Así, por todos, ENGISCH, K.: *Einführung in das juristische Denken*, 8.^a ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, pp. 108 y ss. Se trata de un concepto que se ha desarrollado especialmente por la doctrina administrativa para poder fijar límites a las potestades discrecionales de la Administración. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. 5.^a ed., Civitas, Madrid 1989, pp. 455 y ss.

(41) DÜRIC, G. en MAUNZ-DÜRIC: *Grundgesetz Kommentar*. C.H. Beck, München 1958-1991, Art. 1.1, número 28. Originalmente la recogió en su artículo «Grundgesetz von der Menschenwürde» publicado en AÖR 1956. Esta definición de la dignidad de la persona vinculada a su lesión ha sido acogida por el propio Tribunal Constitucional. Cfr., con abundantes referencias, GRAF VITZTHUM, W.: «Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff» en *JZ* 1985, pp. 203 y ss.

(42) GRAF VITZTHUM, W.: *op. cit.* (nota 41), p. 204.

(43) Sobre dichas consecuencias, cfr., BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho penal*. P. G. 2.^a ed. Akal, Madrid 1990, pp. 29 y ss.; GRAF VITZTHUM, W.: *op. cit.* (nota 41), pp. 204 y ss.

La dignidad de la persona es un valor del que es portador todo ser humano con independencia de sus capacidades. De ahí que también enfermos mentales y niños, por ejemplo, sean titulares de este valor. El Estado ha de observar este valor en sus actuaciones. Ello supone la obligación de respetar a la persona en lo que constituye su singularidad, o sea, en su carácter de ser racional capaz de adoptar decisiones para la realización de determinados fines. Por ello se califica a la persona como ser responsable (44). Desde esta perspectiva, el castigo de inimputables supone una grave violación de este valor. Los inimputables no son capaces de cumplir los mandatos o prohibiciones del Derecho (45). Si los inimputables no están en situación de evitar sus actos, la sanción penal termina siendo una sanción de la persona misma, de su ser así, o sea, se pena la falta de ciertas facultades. También la imposición de una pena sin dolo o imprudencia viola este valor, ya que fuera de estos casos «la persona que actúa aparece, o como mero punto de paso y enlace de relaciones causales, equiparada a factores causales ajenos a ella que actúan ciegamente, o como miembro dependiente de una *globalidad* supraordenada, como objeto de medidas que parten de ella, que aspiran a su reinserción en el todo, a su *resocialización*, y que a pesar de su forma cuidadosamente humana, la privan fundamentalmente de su ser humano autónomo, de su ser sujeto» (46).

Esta conclusión viene impuesta también por el valor superior de la justicia (art. 1.1 de la Constitución) y por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), estrechamente conectados al principio de la dignidad de la persona. En cuanto al primero, la pena ha ocupado siempre un papel importante en la realización del valor de la justicia. Tanto penalistas como filósofos del Derecho han intentado dar respuesta a la cuestión de qué penas y bajo qué presupuestos son justas. Ante las dificultades que plantea una definición positiva se opta por la vía de fijar unos límites en los que la pena se ha de mover para ser justa. Así, se afirma que la pena sólo es justa si responde a las exigencias del principio de culpabilidad (47).

(44) Cfr. GRAF VITZHUM, W.: *op. cit.* (nota 41), p. 204.

(45) A los efectos de este trabajo interesa únicamente esta constatación con independencia de si se justifica en que el inimputable no puede actuar de otra forma o en su incapacidad para motivarse por la norma.

(46) SAX, W.: «Grundsätze der Strafrechtspflege» en *Die Grundrechte*. Tomo III, Vol. 2. Duncker & Humblot, Berlin 1959, p. 937. Subrayado en el original. En este mismo sentido, MIR PUIG, S.: «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena» en *El poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kauffmann*. Depalma. Buenos Aires 1985, p. 369, quien señala que «solo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse *obra suya en cuanto ser racional*, se respeta la dignidad humana». Subrayado en el original.

(47) Cfr. ENGISCH, K.: *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*. R. Piper, München 1971, pp. 174 y ss.; MÜLLER-DIETZ, H.: «Integrationsprävention und Strafrecht» en

En cuanto al principio de seguridad jurídica, éste es una manifestación de la necesidad antropológica de la persona de seguridad. El principio de seguridad jurídica garantiza que la persona pueda conocer de antemano «qué deberes y derechos existen para ella y con qué consecuencias jurídicas de su conducta tiene que contar» (48). Dos elementos son esenciales para este principio: positivización y calculabilidad o previsibilidad de la actuación estatal (49). La primera se garantiza en lo relativo al Derecho penal a través del principio de legalidad de los delitos y las penas del art. 25 de la Constitución. A su vez, la calculabilidad o previsibilidad de las actuaciones estatales en el ejercicio del *ius puniendi* exige no sólo la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución) sino también el reconocimiento del principio de culpabilidad. Pues presupuesto indispensable para que un sujeto pueda prever las consecuencias de su actuación es que al menos pudiese conocer la norma. Asimismo un Derecho penal basado en la responsabilidad por el resultado determina que el sujeto no pueda prever las consecuencias jurídicas de su actuación, pues éstas se fundan en circunstancias que el sujeto ni siquiera pudo prever (50).

En definitiva, la caracterización de España como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) que tiene por fundamento la dignidad de la persona (art. 10.1) en conexión con los valores superiores de la justicia (art. 1.1) y el principio de seguridad jurídica (art. 9.3) determina el reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad (51).

Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck. T. II. Duncker & Humblot, Berlin 1985, p. 823; STREE, W. en SCHÖNKE/SCHRÖDER. 24.^a ed. C. H. Beck, München 1991, Vor- bem §§ 38 ff. Rdn. 3 y ss.; HENKEL, H.: *Die «richtige» Strafe. J. C. B. Mohr*, Tübingen 1969, p. 27.

(48) HENKEL, H.: *Einführung in die Rechtsphilosophie*. C. H. Beck, München 1977, p. 438.

(49) Cfr., por ejemplo, SCHÄFER, H.: *Grundlagen des Rechts*. R. Oldenbourg, München-Wien 1989, p. 70.

(50) En este sentido, MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 47), p. 369.

(51) Extraen el principio de la concepción del Estado y de la dignidad de la persona: ZUGALDIA ESPINAR, A.: «Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad», en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1982, pp. 579 y s.; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 107, quien lo sitúa como límite del Estado democrático, señalando que sus consecuencias se infieren de la dignidad de la persona, seguridad jurídica y de la igualdad. En mi opinión, no se puede configurar como límite exclusivo del Estado democrático con base en principios que o no son propios sólo de este modelo (dignidad o igualdad) o pertenecen al Estado de Derecho (seguridad jurídica). BACIGALUPO, E.: «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?» en *La Ley* 1982-2, pp. 940 considera posible su extracción del modelo de Estado y la dignidad aunque utiliza otra vía por razones prácticas. COBO/VIVES: *op. cit.* (nota 11), pp. 414 nota 31, también admiten que cabe extraerse de las exigencias del Estado de Derecho; MORILLAS CUEVA, L.: «La culpabilidad en la reforma del Código penal» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1984 n.^o 4, p. 95, apunta también al art. 9 de la Constitución. Esta posición

Llegados a este punto, es necesario suscitar la cuestión de si esta construcción tiene en sí misma efectos prácticos, es decir, en qué medida puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos penales por parte del Tribunal Constitucional. Pues bien, en principio no cabe utilizar el recurso de amparo por cuanto éste tiene un objeto limitado, es decir, sólo la lesión de los derechos fundamentales de la Sección primera del Capítulo II del Título primero más las del art. 14 y de la objeción de conciencia del art. 30, sin incluir las de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución. A primera vista cabría únicamente la vía del recurso de inconstitucionalidad o de la cuestión de inconstitucionalidad que no tienen impuesta esta limitación, medios que no pueden ser utilizados directamente por los ciudadanos. De ahí que Bacigalupo haya señalado que esta construcción carece de efectos prácticos y, por ello, hay que proceder a identificar los diferentes aspectos del principio de culpabilidad en algunos de los preceptos constitucionales que pueden ser utilizados como objeto de un recurso de amparo (52).

Ahora bien, no hay que olvidar que las normas penales establecen penas y medidas de seguridad. En este sentido, desde el momento que la pena o la medida prive de o restrinja un derecho fundamental, libertad o garantía de los contenidos entre los artículos 15 a 29 de la Constitución o afecte al art. 14 ó 30.2 de la Constitución en virtud de una norma penal que contenga una infracción del principio de culpabilidad, estará abierta la vía del recurso de amparo, puesto que una cosa es que para la utilización del recurso de amparo se alegue una lesión de uno de los derechos, libertades o garantías contenidos en estos preceptos y otra cosa muy distinta es la causa de esta lesión. Como muy bien ha indicado el Tribunal Constitucional, «la violación de derechos y libertades que el recurso intenta remediar puede ser originada tanto por aplicación de una ley inconstitucional o norma ilegal o inaplicable al caso como de la aplicación errónea de la norma adecuada» (53). Por tanto, dado que la norma penal que infringe el principio de culpabilidad resulta inconstitucional por violación del artículo 1.1 en relación con los artículos 10.1 y 9.2 de la Constitución en la medida en que ésta establezca una pena que afecte a alguno de los derechos, libertades o garantías de arts. 14 a 30 de la Cons-

en cuanto a la fundamentación constitucional del principio de culpabilidad es absolutamente dominante en Alemania. Cfr., entre otros, ROXIN, C.: «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe» en *Jus* 1966, p. 384; MAURACH/ZIPP: *Strafrecht*. AT. Tomo I. 7.^a ed C. F. Müller, Heidelberg 1987, p. 84; STREE, W.: *In dubio pro reo*. J. C. B. Mohr, Tübingen 1962, p. 16; SEELMANN en *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Tomo I. Luchterhand, Neuwied 1990, § 13, núm. 3. MÜLLER-DIETZ, H.: *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*. C. F. Müller, Karlsruhe 1967, pp. 36 y s. lo vincula sólo a la dignidad de la persona. Cfr. además PÉREZ MANZANO, M.: *op. cit.* (nota 27), pp. 68 y ss. con numerosas referencias bibliográficas en nota 50.

(52) BACIGALUPO, E.: *op. cit.* (nota 51), p. 940.

(53) STC 46/82, de 12 de julio, F. J. 1.

titución, se habrá producido una lesión de los mismos, en este caso por aplicación de una norma constitucional, que legitimará para la interposición del correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (54).

Con todo, hay que reconocer que la solución, aunque tiene importantísimas consecuencias dado que la mayoría de las penas previstas en el Código penal español afectan a alguno de los derechos, libertades o garantías comprendidos entre los art. 14 a 30 de la Constitución, no es del todo satisfactoria por cuanto existen algunas penas que afectan a derechos que quedan fuera de este ámbito (55), siendo especialmente llamativo el caso de la pena de multa (56). En definitiva, esta construcción trae consigo importantes repercusiones, pero sigue siendo limitada.

Dado que la vía que he seguido para la fundamentación del principio ha resultado sólo parcialmente exitosa, cabría plantearse la cuestión de si el principio de culpabilidad, con todas las garantías que implica, no se ha visto reflejado en alguno de los derechos, libertades o garantías de la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, como ocurre con otros principios vinculados al Estado de Derecho (57). En mi

(54) A esta misma conclusión se llega con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Este ha declarado que los derechos fundamentales incluyen todas las garantías previstas en los diversos preceptos constitucionales, de tal forma que la vulneración de éstas supone la del derecho fundamental mismo. En la Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre se planteó el Tribunal Constitucional en relación a la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, si la leyes penales que prevén penas que afectan a derechos fundamentales han de revestir carácter de orgánicas en virtud de lo previsto en el art. 81.1 de la Constitución. En el fundamento 6 de la citada Sentencia declaró el Tribunal Constitucional que no cabe hablar de un derecho fundamental al rango, pero que el derecho a la libertad y seguridad incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (arts. 17, 25.1, 53.1 y 81.1), de tal forma que la vulneración de estas garantías supone la vulneración del derecho fundamental mismo. Con arreglo a esta doctrina del Tribunal Constitucional habría que señalar que allí donde una pena, que afecte a un derecho fundamental, se imponga en virtud de un precepto que infrinja el principio de culpabilidad, la infracción de éste implica la lesión directa del derecho fundamental afectado por la pena, puesto que éste incluye también las garantías previstas en otros preceptos constitucionales.

(55) Salvo que se admita que toda pena afecta al derecho al honor. Se trata de una cuestión muy discutida en la doctrina. Cfr. VIVES ANTÓN, T. en *Derecho Penal. P. E.* 3.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1990, pp. 679 y s.; CEREZO MIR, J.: *op. cit.* (nota 29), p. 151; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 89 y s.; COBO/VIVES: *op. cit.* (nota 11), p. 63; BACIGALUPO, E.: *op. cit.* (nota 43), p. 42; CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal*. Edersa, Madrid 1982, pp. 112 y ss.; MADRID CONESA, F.: *La legalidad del delito*. Valencia 1983, pp. 53 y s.; BOIX REIG, J.: «El principio de legalidad en la Constitución» en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*. Universidad de Deusto, Bilbao 1983, pp. 62 y 66 y s.

(56) Sólo el arresto sustitutorio por impago de la multa podría permitir el recurso de amparo por afectar al derecho a la libertad.

(57) El Tribunal Constitucional ha declarado que «el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ám-

opinión, adelantando conclusiones, la respuesta es afirmativa por cuanto el art. 24.2 de la Constitución permite inferirlo al haber recogido la presunción de inocencia.

A primera vista, puede parecer extraño deducir un principio de Derecho penal, es decir, de Derecho sustantivo o material, de un precepto constitucional netamente procesal. Mas conviene tener presente que Derecho penal y Derecho procesal penal no sólo forman parte de un mismo tronco, el Derecho público, sino que además el Derecho procesal penal tiene por objeto la realización del Derecho penal, lo que obliga a estas dos ramas del Derecho a «adoptar la misma posición básica sobre el punto de partida» (58). La interrelación mutua que existe entre ambos sectores jurídicos se manifiesta en multitud de aspectos. Así, por ejemplo, un Derecho penal por el hecho exige un modelo de proceso penal distinto al que exigiría un Derecho penal de autor (59) o un Derecho penal basado en la prevención especial exigiría un proceso penal que posibilitase la investigación de la personalidad del autor (60). Esta interrelación se manifiesta asimismo en sentido contrario, hablándose del efecto troquelador del Derecho procesal penal sobre el Derecho penal (61).

Es este el marco que nos permite establecer la relación existente entre alguno de los derechos reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución, especialmente la presunción de inocencia, y el principio de culpabilidad, hasta el punto de que quepa sostener que el art. 24.2 ha reconocido también rango constitucional a éste último. Para ello es necesario analizar previamente el contenido de la presunción de inocencia así como la fundamentación constitucional de este derecho fundamental.

La Constitución española se ha limitado a recoger en el art. 24.2 la presunción de inocencia sin ofrecer una definición de la misma. Dado que la Constitución obliga en virtud del art. 10.2 a interpretar los dere-

bito del Derecho estatal sancionador», se refiere, en concreto, al imperio de la ley, derecho a la seguridad, prohibición de arbitrariedad y derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales. STC 133/87, de 21 de julio, F. J. 4.

(58) PETERS, K.: *Strafprozeß*. 4.^a ed. C.F. Müller, Heidelberg 1985, p. 9. En esta misma línea, MÜLLER-DIETZ, H.: «Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß» en *ZStW* 93, 1981, p. 1189, escribe: «se ha impuesto ahora el reconocimiento de que existe una dependencia, una relación recíproca, entre ambas materias jurídicas que hace necesaria una sintonización en su contenido»; RIEß, P.: «Prolegomena zu einer Gesamtrevision des Strafverfahrensrechts» en *Festschrift für Karl Schäfer*. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1980, p. 171, quien ha manifestado que «...el Derecho procesal tiene que ofrecer un modelo de proceso que responda a la orientación básica del Derecho penal»; RUDOLPHI, H. J.: «Strafprozeß im Umbruch» en *ZRP* 1976, p. 165; QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcanova, Barcelona 1981, pp. 37 y s.

(59) PETERS, K.: *op. cit.* (nota 58), p. 9.

(60) ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht*. 22.^a ed. C.H. Beck, München 1991, p. 6.

(61) Cfr. PETERS, K.: *op. cit.* (nota 58), pp. 11 y s.; SCHÄFER, K. en LÖWE-ROSENBERG: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*. Tomo I. 24.^a ed. Walter de Gruyter. Berlin-New York 1988, p. 119.

chos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales ratificados por España, es posible partir de la definición de la presunción de inocencia contenida en el art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se establece que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa» (62). Este derecho fundamental, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional (63), opera en diversos ámbitos. Como derecho subjetivo opera desde luego extraprocesalmente pero, sobre todo, en el ámbito procesal. En este último, cumple una doble función. De un lado, actúa durante el proceso como límite en relación a las medidas cautelares, impidiendo que éstas vayan más allá de lo estrictamente necesario y prohibiendo que éstas puedan significar una anticipación de la pena (64). De otro lado, juega un importantísimo papel en la sentencia. Esta sólo puede ser condenatoria allí donde se ha realizado una mínima actividad probatoria, practicada con todas las garantías, y de la que pueda deducirse la culpabilidad del acusado (65).

(62) Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de febrero de 1948. Este derecho se encuentra también recogido en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977, y en el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. En estos textos la definición es menos completa que la contenida en la Declaración Universal. Así, el art. 14.2 del Pacto establece que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley». En términos similares se la define por el art. 6.2 del Convenio si bien el término delito se sustituye por el de infracción.

(63) STC 109/86, de 24 de septiembre, F. J. 1.

(64) Muy difícil resulta la compatibilización de la presunción de inocencia y prisión preventiva. Cfr. MESTRE DELGADO, E. «Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia» en *ADPCP* 1985, pp. 740 y ss.

(65) Así, STC 98/90, de 24 de mayo, F. J. 2. Hay que resaltar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia es tan copiosa como valiente. Esto se manifiesta en tres importantes cuestiones. En primer lugar, en lo que se refiere a la relación presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, la STC 31/81, de 28 de julio, identificó ambos conceptos mientras que en la STC 44/89, de 20 de febrero, se procede a considerar a ambos como manifestaciones del principio genérico del *favor rei*, residiendo la diferencia en que mientras la presunción de inocencia requiere un mínimo de prueba practicada con todas las garantías y tiene un carácter objetivo, el *in dubio pro reo* pertenece al momento de la valoración de la prueba y presenta un carácter subjetivo. Esta concepción había sido ya formulada por VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *op. cit.* (nota 7), p. 292. En mi opinión, el principio *in dubio pro reo* no pertenece al momento de la valoración de la prueba porque, como ha puesto de manifiesto FRISCH, W.: «Zum Wesen des Grundsatzes *in dubio pro reo*» en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*.

La presunción de inocencia se considera una exigencia de un Estado social y democrático de Derecho basado en el respeto a la dignidad de la persona (66) y que garantiza los principios de igualdad (67) y de seguridad jurídica (68).

Aclarado lo anterior, podemos ya abordar la relación existente entre el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia

Festschrift für Heinrich Henkel. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1974, p. 275, este principio «no regula la prueba como tal, no dice qué conclusiones tiene que sacar el juez de los medios de prueba, sino que interviene sólo cuando la práctica de la prueba, pese al agotamiento de todos los medios de prueba, ha fracasado. En esta situación nada más se prueba, ninguna prueba más se valora». Lo más acertado es considerarlo como una manifestación de la presunción de inocencia pues interviene allí donde existen dudas sobre la culpabilidad del acusado tras la valoración de la prueba y en este caso no se ha destruido la presunción de inocencia. En segundo lugar, ya en la Sentencia 31/81, de 28 de julio con voto particular del Magistrado Escudero del Corral se suscitó la cuestión de si entrar a analizar si la prueba es de cargo supone una violación del art. 44.1 b de la LOTC que prohíbe al Tribunal Constitucional entrar a conocer los hechos del proceso en el que se haya lesionado el derecho fundamental; el Tribunal Constitucional parece inclinarse por analizar si la prueba es de cargo. Cfr., los comentarios sobre la Sentencia arriba citada contenidos en: MAQUEDA ABREU, M. L.: «Los problemas constitucionales de la prueba» en *RFDUC* 65, 1982, pp. 213 y ss.; BACIGALUPO, E.: «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación» en *ADPCP* 1988, pp. 365 y ss.; CÓRDOBA RODA, J.: «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba» en *RJC* n.º 4, 1982, pp. 21 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: *op. cit.* (nota 6), pp. 311 y ss. Una buena síntesis de la jurisprudencia constitucional en torno al alcance del control de la presunción de inocencia en ORTELLS RAMOS, M.: *op. cit.* (nota 15), pp. 338 y s. Finalmente, tampoco es clara la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referente a los actos que han de reputarse como prueba. Mientras en la Sentencia 150/89, de 25 de septiembre, se establece que únicamente pueden reputarse como pruebas los actos de prueba practicados en el juicio oral con la excepción de la prueba sumarial anticipada y preconstituida realizada con todas las garantías y que sea de muy difícil o imposible reproducción en el juicio oral, la Sentencia 98/90, de 24 de mayo, también admite como pruebas las diligencias sumariales y policiales.

(66) Cfr., SAX, W.: *op. cit.* (nota 46), pp. 971 y 987; KÖSTER, R. J.: *op. cit.* (nota 22), pp. 140 y ss.; GROPP, W.: «Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung» en *JZ* 1991, pp. 804 y s. con más referencias bibliográficas en notas 16 y s.

(67) La presunción de inocencia prohíbe tratar por igual al acusado que al ya condenado y, además, el tratamiento desigual arbitrario del simplemente sospechoso frente al ciudadano normal. Cfr. GROPP, W.: *op. cit.* (nota 66), pp. 806 y ss.; KRAUß, D.: «Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren» en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, pp. 165 y ss.

(68) Este exige, para que el ciudadano pueda programar sus conductas sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionatorio del Estado, no sólo que sus presupuestos se hayan regulado y que no se apliquen retroactivamente las disposiciones desfavorables, sino también que se garantice al ciudadano que sólo será sancionado donde efectivamente se den los presupuestos de la sanción. Cfr. KÖSTER, R. J.: *op. cit.* (nota 22), pp. 158 y ss.

con más fundamento. De lo hasta ahora dicho se desprende que, mientras el principio de culpabilidad establece los presupuestos materiales básicos para poder exigir responsabilidad penal, el derecho a la presunción de inocencia va a garantizar en el ámbito procesal que las penas y medidas de seguridad sólo se apliquen allí donde se han demostrado todos sus presupuestos. Es cierto que éstos van más allá de los exigidos por el principio de culpabilidad; pero es innegable que su núcleo está constituido por los de este principio. Ello ha llevado a la doctrina alemana a señalar que la presunción de inocencia es el reverso procesal del principio material de culpabilidad (69) y que constituye la consecuencia lógica de un Derecho penal basado en el principio de culpabilidad (70). En este sentido ha recalcado Sax que «el principio de culpabilidad no sería otra cosa que una declaración vacía si no se garantizara procesalmente la posibilidad de la investigación de la verdad al alcance del hombre» (71).

Ahora bien, de estas afirmaciones cabría concluir que el reconocimiento del principio presupone el del derecho a la presunción de inocencia pero no a la inversa. Sin embargo, en mi opinión, el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad se implican mutuamente: la garantía que el derecho a la presunción de inocencia representa para el acusado quedaría reducida a una mera garantía formal en la medida en que el proceso penal tuviera por objeto la realización de un Derecho penal sustraído a los requisitos del principio de culpabilidad. Este derecho supondría una fórmula vacía de contenido, un mero ritual, si de los presupuestos de la pena se eliminan las consecuencias del principio de culpabilidad. Desde otro punto de vista, si la presunción de inocencia exige considerar al acusado *de un delito* inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, o sea, la prueba va referida al delito, la cuestión a plantearse es si en la tradición del Derecho continental es posible conceptualmente hablar de delito sin los presupuestos del principio de culpabilidad (hecho, dolo o culpa, imputabilidad, conocimiento o cognoscibilidad de la antijuridicidad). Estos constituyen el núcleo del con-

(69) Así, por ejemplo, STREE, W.: *op. cit.* (nota 51), p. 16; OETKER: «Durchbrechungen des Schuldprinzips» en *GS* 100, 1931, p. 37; CRAMER, P.: *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*. C. J. B. Mohr, Tübingen 1962, pp. 57 y s. JESCHECK, H.-H.: «Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht», en *Libro-Homenaje de las Universidades del País Vasco y de la Sorbonne a Ignacio de Loyola en el V centenario de su nacimiento*. San Sebastián 1991, p. 409, quien califica la presunción de inocencia como un aspecto del principio de culpabilidad perteneciente al Derecho procesal.

(70) SAX, W.: *op. cit.* (nota 46), p. 987; KRAUP, D.: *op. cit.* (nota 67), p. 153; VOLGER, T.: «Die strafshärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvermutung (art. 6 Abs. 2 EMRK)» en *Festschrift für Theodor Kleinknecht*. C. H. Beck, München 1985, p. 436; el mismo: *op. cit.* (nota 14), p. 139; MEYER, K.: *op. cit.* (nota 14), p. 62.

(71) SAX, W.: *op. cit.* (nota 46), p. 991.

cepto y, por tanto, no sería posible hablar de prueba *de un delito* donde se prescinda de los presupuestos del principio de culpabilidad.

De la misma forma se puede argumentar respecto del reconocimiento del principio de culpabilidad sin el del derecho a la presunción de inocencia. El principio de culpabilidad en virtud del cual no hay pena sin culpabilidad no deja de ser una simple garantía formal cuando el ordenamiento jurídico no regula la presunción de inocencia, puesto que también «sufre en el fondo una pena sin culpabilidad el que es condenado con base en una simple sospecha sin que se pruebe su culpabilidad» (72), o sea, de nada sirve que los preceptos penales respondan al principio de culpabilidad si no existe la garantía de que sólo se van a aplicar allí donde probadamente se den los requisitos de este principio.

La conclusión es que ambos se implican recíprocamente, quedando reducido el reconocimiento de uno sin el otro a una mera garantía formal.

En definitiva, como he intentado poner de manifiesto, un Estado social y democrático de Derecho que tiene por fundamento la dignidad de la persona, que acoge a la justicia entre sus valores superiores y que reconoce el principio de seguridad jurídica no puede conformarse simplemente con el reconocimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sino que exige además el del principio de culpabilidad. Aunque éste último ya se puede considerar constitucionalmente reconocido a partir de los arts. 1.1, 10.1 y 9.3 de la Constitución, se ha apreciado cómo el principio de culpabilidad y el derecho a la presunción de inocencia no son más que dos aspectos de un mismo fenómeno: la responsabilidad penal; el primero fija sus presupuestos mínimos y el segundo se ocupa de que se verifiquen. De ello se infiere una importante conclusión: el art. 24.2 de la Constitución al recoger la presunción de inocencia ha otorgado rango constitucional también al principio de culpabilidad.

III. EL ARTÍCULO 483 DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL

El art. 483 CP se encuentra ubicado en el Capítulo I «De las detenciones ilegales» del Título II que lleva por rúbrica «De los delitos contra la libertad y seguridad». Dicho precepto reza así: «El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acredite haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor». Este artículo tiene su origen en el Código penal de 1848 (73)

(72) STREE, W.: *op. cit.* (nota 51), p. 16.

(73) El art. 403.1 de dicho Código dice: «El que detuviere ilegalmente a cualquiera persona, ó sustrajere un niño menor de siete años, y no diere razón de su paradero, o acredite haberlo dejado en libertad, será castigado con la pena de cadena perpetua».

del que luego pasaría al Código penal de 1870 (74). Se trata de un tipo agravado que ya los comentaristas del Código penal de 1870, respecto al precepto correspondiente, habían criticado por considerarlo un delito de mera sospecha (75). Esta es la interpretación que hasta hace poco tiempo ha sostenido la doctrina unánimemente sobre el art. 483 CP (76).

Sin embargo, recientemente y como ya señalé en la introducción, un sector de la doctrina ha procedido a reinterpretar este precepto para acomodarlo a las exigencias de nuestro ordenamiento jurídico, y en especial al principio de culpabilidad y al derecho a la presunción de inocencia. Para ello se ha procedido a identificar un mayor contenido de injusto en el tipo agravado del art. 483, que justifique la elevada penalidad en él establecida sin tener que recurrir a la presunción de que el autor de la detención ilegal ha dado muerte a la víctima. Mas no existe coincidencia a la hora de identificar lo que represente ese mayor contenido de injusto, pues mientras unos lo ven en la duración de la detención (77), para otros lo constituye la desaparición forzada de personas (78). A continuación expondré con mayor detenimiento los argumentos en los que se basan estas interpretaciones.

Respecto a la primera línea interpretativa, Cobo/Carbonell, aun considerando el precepto que nos ocupa criticable, basándose en «el principio de conservación de las disposiciones legales» acuñado por el Tribunal Constitucional (79), piensan que el autor tiene respecto a la

(74) El art. 503 del mismo reza así: «El que detuviere ilegalmente a cualquiera persona, o sustrajere un menor de siete años, y no diere razón de su paradero, o no acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo a cadena perpetua».

(75) Así, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código Penal de 1870*. T. V Salamanca 1893, p. 633, indicaba que «castigar con la pena peculiar del asesinato una presunción, más o menos fundada, de que ese delito se ha realizado, es uno de los mayores errores que en materia penal pueden cometer los legisladores y jurisconsultos»; VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal de 1870*, 5.^a ed. T. VI Madrid 1927, p. 23, señalaba que al autor «considérale, pues, la Ley como reo de un presunto asesinato, imponiéndole una pena casi tan grave como la de éste,...».

(76) Cfr., por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal Español*. Vol. I. Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 133; MAQUEDA ABREU, M.^a L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*. Universidad de Granada, Granada 1988, p. 76.

(77) COBO/CARBONELL en *Derecho Penal*. PE. op. cit. (nota 55), p. 746.

(78) Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.: op. cit. (nota 1), pp. 158 y s.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El delito de detención ilegal con desaparición forzada» en *Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, pp. 361 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*. PE. 8.^a ed. Tirant lo blanch, Valencia 1990, pp. 154 y s.

(79) Así, por ejemplo, STC 105/88, de 8 de junio F.J. 3. Este principio determina que cuando de las diversas interpretaciones de las que una disposición normativa sea susceptible una o algunas de ellas incurran en inconstitucionalidad se habrá de optar, con base en dicho principio, por el mantenimiento de dicha norma en el ordenamiento jurídico.

víctima «una especial posición análoga a la de garante, que permite hacer responder mucho más gravemente por el *simple* hecho de no devolver dicha libertad» (80), lo que para estos autores es sinónimo de una privación indefinida de libertad. En su opinión, es esto, y no la presunción de que se haya matado a la víctima, lo que determina la agravación de la pena. Con todo, admiten estos autores la desproporcionalidad de la pena aunque recuerdan que con el art. 481 CP cabe llegar ya al grado medio de la pena de reclusión menor (81).

Otro sector considera que con este precepto se sanciona una «desaparición forzada» (82). Ahora bien, al no ser coincidentes sus argumen-

co con aquel o aquellos sentidos que sean conformes a la Constitución. Es interesante hacer referencia a la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia en relación al art. 509 CP, y ello no sólo porque también este precepto ha sido tachado de delito de sospecha, sino porque presenta asimismo una estructura similar a la del art. 483 CP.

El problema al que se tuvo que enfrentar el Tribunal Constitucional era el de la interpretación del inciso «y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación». Con base en este inciso había concluido la doctrina que el art. 509 era un delito de sospecha por presumir el ánimo de utilizar los instrumentos para el robo al invertir la carga de la prueba. El TC rechazó esta interpretación por inconstitucional ya que infringe la presunción de inocencia, y estableció que el ánimo de destino integra el tipo de lo injusto y corresponde a la acusación su prueba. En esta interpretación el inciso supone una referencia a la «libertad del acusado para alegar y probar una destinación diferente». Con ello el inciso resulta superfluo. De ahí que el legislador lo haya suprimido en la Reforma de 1989.

A mi juicio, el Tribunal Constitucional hubiera debido declarar inconstitucional dicho precepto con arreglo a las premisas de las que partió al señalar que el art. 25 de la Constitución exige la descripción de las conductas delictivas, lo que implica la exclusión de aquellos tipos redactados en forma tan abierta que quede en manos de los Tribunales su aplicación o inaplicación. Esto es lo que sucede con el art. 509 CP pues, al exigir únicamente la tenencia de útiles idóneos para el robo y el elemento subjetivo del ánimo de destinarios a la ejecución de un robo, en realidad, dado el concepto tan vago que se utiliza de «ganzúas o instrumentos» bajo el cual caben herramientas de uso generalizado (Cfr., por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*. CEURA, Madrid 1987, p. 103), la conclusión es que cualquier ciudadano ya realiza el tipo objetivo, siendo el elemento definitorio el subjetivo. Ahora bien, a los problemas de constatación de los elementos subjetivos (cfr., DIEZ RIPOLLES, J. L.: *Los elementos subjetivos del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia 1990, especialmente en pp. 48 y ss., 239 y ss. y 319 y ss.), se añade aquí la falta de circunstancias objetivas de las que se pueda inferir dicho elemento al haberse reducido el tipo objetivo a su mínima expresión. De aquí a un Derecho penal por la conducción de la vida existe apenas un paso. Para paliar estas consecuencias VIVES ANTÓN, T. en Derecho penal. PE. *op. cit.* (nota 55), p. 858, ha propuesto la interpretación restrictiva de los útiles idóneos para el robo.

(80) COBO/CARBONELL en Derecho penal. PE. *op. cit.* (nota 55), p. 746. El subrayado corresponde a los autores.

(81) *Ibídem*.

(82) Véase nota 78.

tos, se impone realizar un análisis por separado de cada uno de ellos. La interpretación de Bustos Ramírez es anterior al llamado «caso el Nani», y tiene la vista puesta en la realidad de Latinoamérica y otros puntos del mundo donde se han producido decenas de miles de casos en los que, tras la detención de una persona por las fuerzas de seguridad o por grupos paramilitares, nunca más se ha sabido de esas personas. Para este autor, el art. 483 CP protege junto a la libertad otro bien jurídico que sería el constituido por los derechos de la personalidad. Estos derechos se ven afectados en la medida en que la desaparición determina la negación de toda una serie de actos que van «desde los más simples y personales, hasta el de ser reconocida su muerte», es decir, inclusive el del reconocimiento de «su identidad de persona humana tanto en la vida como en la muerte» (83). Este ataque a los derechos de la personalidad configura un contenido de injusto muchísimo más grave que el representado por el del homicidio, ya que alcanza «al hombre en todas sus dimensiones» (84) lo que justifica, por ende, la imposición de una pena más elevada. El tipo de injusto estaría constituido por la omisión de determinadas conductas (85) a partir de la posición de garante que detentaría el autor de la detención en virtud del principio de injerencia (86).

Posteriormente Muñoz Conde, por razones político-criminales, ha adoptado una postura cercana a la mantenida por Bustos Ramírez pues, tras reconocer inicialmente que se trata de un delito de sospecha en el que se presume el asesinato de la víctima y poner de relieve los problemas que el carácter formal de este tipo penal suscita, señala que este precepto constituye la única vía para hacer frente a los casos «en los que la detención ilegal es medio para hacer *desaparecer* a la persona detenida» (87). De ahí que este autor termine concibiéndolo como un tipo agravado constituido por las conductas omisivas que establece dicho precepto allí donde no se pueda demostrar «el presumible homicidio o asesinato» (88).

Finalmente Gimbernat, partiendo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre el llamado «caso el Nani», propone otra vía para salvar este artículo de la consideración como delito de mera sospecha. Para este autor el art. 483 CP no contiene ninguna presunción de que el autor de la detención ilegal haya asesinado a la víctima, lo que se demuestra, en primer lugar, por la diferencia de pena entre los artículos 406 y 483 CP. Así, explica el autor que, mientras a los autores de la detención ilegal de Santiago Corella les fue impuesta en aplicación del art.

(83) BUSTOS RAMÍREZ, J.: *op. cit.* (nota 1), p. 186.

(84) *Ibídem*.

(85) Se trata de las contenidas en el inciso del art. 483 «que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acredite haberla dejado en libertad».

(86) *Ibídem*.

(87) MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.* (nota 78), p. 155. El subrayado corresponde al autor.

(88) *Ibídem*.

483 una pena de 20 años y un día, en caso de haberse recurrido al art. 406 la pena mínima aplicable hubiera sido de más de 26 años. Pero es que además, —sigue Gimbernat— el tipo también agravado de detenciones del art. 481 CP permite llegar hasta una pena de diecisiete años y cuatro meses, inferior en sólo tres años a la impuesta por el Tribunal ante un caso de detención ilegal mucho más grave que el del art. 481 CP. Por tanto, el art. 483 CP representa un caso de «detención ilegal con desaparición forzada» (89) y no de sospecha de asesinato, es decir, una detención ilegal con resultado de desaparición. En este sentido, el art. 483 no supone una infracción del principio de culpabilidad siempre que se demuestre que la desaparición se debe única y exclusivamente a la conducta de los autores de la detención ilegal, lo que no sería el caso si la víctima se dio a la fuga o, al menos, no se puede descartar (90).

Frente a este sector, la doctrina dominante sostiene que el art. 483 CP constituye un tipo de mera sospecha en el que la pena tan elevada responde al hecho de que se presume que el autor ha dado muerte a la víctima (91). Algunos autores especifican que lo que se presume es el

(89) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *op. cit.* (nota 78), p. 362.

(90) En este sentido se manifiesta también MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Edersa. Madrid 1989, adhiriéndose a la interpretación propuesta por Gimbernat.

(91) Hay que señalar que la mayoría de los autores que a continuación se citan, se ha pronunciado sobre el art. 483 CP con anterioridad a las tres Sentencias del llamado «caso el Nani»: BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *Manual de Derecho penal. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*. 2.^a ed. Ceura, Madrid 1991, p. 25; BELLO LANDROVE, F.: «Consideraciones acerca de los delitos de rapto y detenciones ilegales agravados de sospecha» en *RGLJ* 1978, p. 177; COBO/VIVES: *op. cit.* (nota 11), p. 271; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*. PE. 13.^a ed. puesta al día por Camargo Fernández, Tomo II. Bosch, casa editorial, Barcelona 1972, p. 735; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 360; GÓMEZ PAVÓN, P. en *Código penal comentado*. Akal. Madrid 1990, p. 913; JASO ROLDÁN, T. en ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho Penal*. T. II. Madrid 1949, p. 314; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *Código penal*. Comares, Granada 1990, p. 484; MAQUEDA ABREU, M.^a L.: *op. cit.* (nota 76), p. 76; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 160 y s.; MORILLAS CUEVA, L.: *op. cit.* (nota 51), p. 119; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *Derecho Penal*. PG. 2.^a ed. Castellanos, Madrid 1986, pp. 392 y s.; POLAINO NAVARRETE, M.: *El delito de detenciones ilegales*. Aranzadi, Pamplona 1982, p. 229; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 133; QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. T. I, Vol. II. 2.^a ed. revisada por Gimbernat Ordeig, Revista de Derecho Privado, Madrid 1972, p. 928; RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.^a: *Derecho Penal Español*. PE. 12.^a ed. revisada y puesta al día por Serrano Gómez. Dykinson, Madrid 1990, p. 314; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Presunción de inocencia no minimizada» en *La Ley* 1983, pp. 1249 y s.; el mismo: *Compendio de Derecho Penal*. PE. Trivium, Madrid 1985, p. 150; el mismo: «Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código Penal» en *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 1989, p. 892; RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Cuadernos de Documentación n.^o 13. Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1980,

asesinato de la víctima dado que la pena que establece el art. 483 CP es la correspondiente al asesinato (92). La conclusión que de ello se extrae es que el art. 483 CP infringe tanto el principio de culpabilidad como el derecho a la presunción de inocencia. Por ello —apostillan algunos autores— debe considerarse derogado este precepto (93). Para Gómez Pavón, al haber quedado derogado en virtud de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, los Tribunales deben dejar de aplicarlo sin necesidad de acudir a la cuestión de constitucionalidad del art. 163 de la Constitución (94).

En relación a la significación dogmática de las omisiones contenidas en el art. 483, los autores insertos en la corriente mayoritaria se inclinan por considerarlas condiciones objetivas de punibilidad (95). En algunos casos se pautaliza, acogiendo la terminología acuñada por Jescheck (96), que se trata de condiciones objetivas de punibilidad impropias (97).

p. 40; SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal Español*. PE. T. II. 5.^a ed. Madrid 1956, pág. 363; ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: «El Título V (Delitos contra la libertad) del Libro II (Delitos y sus penas) de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal» en *Documentación jurídica*. Vol. I, Gabinete de Documentación y Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid. 1983, p. 423; el mismo: *Fundamentos de Derecho Penal*. Universidad de Granada 1990, p. 208.

(92) Así, JASO ROLDÁN, T.: *op. cit.* (nota 91), p. 311; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1164; QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 928; ZUGALDIA ESPINAR, J. M.: El Título V. *op. cit.* (nota 91), p. 423.

(93) Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 133; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 77; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 913.

(94) GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 913.

(95) CÓRDOBA RODA, J.: *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal de R. Maurach*. T. I. Ariel, Barcelona 1962, p. 298; POLAINO NAVARRETE, M.: «La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico penal y la política criminal» en *Criminalidad actual y Derecho penal*, Córdoba 1988, p. 35; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*. PG. 2.^a ed. anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino. Akal, Madrid 1986, p. 262 respecto al no dar razón del paradero; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid 1990, p. 15; MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 160 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *op. cit.* (nota 91), pp. 392 y ss.

(96) JESCHECK, H. H.: *op. cit.* (nota 17), pp. 501 y ss. (1.^a ed. 1969, pp. 367 y ss.). Tras definir las condiciones objetivas de punibilidad como «circunstancias que, estando directamente vinculadas al hecho, no pertenecen ni al tipo de lo injusto ni a la culpabilidad», distingue entre condiciones propias e impropias. Mientras que las primeras son causas genuinas de restricción de la pena, las segundas son circunstancias que por su esencia representan auténticos elementos de lo injusto, pero que formalmente están configuradas como condiciones objetivas. Con ello, el legislador busca eludir los problemas prácticos que se pueden plantear si se las incluyese en el tipo de lo injusto. De ahí que resulten objetables desde el punto de vista del principio de culpabilidad. No obstante, estas objeciones —según este autor— se pueden contrarrestar parcialmente con base en la idea de riesgo.

(97) En este sentido, MIR PUIG, S.: *op. cit.* (nota 12), pp. 160 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *op. cit.* (nota 91), pp. 392 y ss.

Bajo Fernández/Díaz-Maroto, sin dejar de reconocer que la pena permite inferir que el art. 483 es un supuesto de delito de sospecha, han apuntado un posible contenido adicional de injusto a añadir a la detención, consistente en que «el delincuente añade la dificultad, intencionadamente creada por él, de no colaborar con la Administración de Justicia no dando razón del paradero de la persona detenida, lo que servirá de importante obstáculo para eliminar las consecuencias perniciosas que el propio delito de detención ha producido a la víctima» (98). Mas, para estos autores, la pena resulta desproporcionada.

Los problemas que plantea este precepto no se agotan en lo acabado de aludir. La doctrina ha destacado su marcado carácter formalista, que puede conducir a las situaciones más aberrantes. Así, se sostiene que la redacción dada a dicho artículo permite la condena del autor que no dé razón del paradero de la víctima aunque el Tribunal tenga conocimiento del mismo (99). También se ha destacado la irreparabilidad de las consecuencias punitivas —por falta de cauces procesales idóneos— en los casos en que la víctima de la detención ilegal aparece (100), ya sea porque el autor la hubiese dejado en libertad o porque se hubiese dado a la fuga (101), ya sea porque se descubre el cuerpo sin vida de la víctima demostrándose que fue otro el autor del delito contra la vida (102).

Por lo demás, en relación a las conductas omisivas y atendiendo a una interpretación gramatical, la doctrina ha concluido que éstas se encuentran en una relación alternativa, es decir, el precepto resulta aplicable o bien por no dar razón del paradero o bien por no acreditar la puesta en libertad (103).

Desde mi punto de vista, ninguno de los intentos que se han ensayado en la doctrina para contrarrestar la opinión mayoritaria son suficientemente convincentes, por los motivos que a continuación expondré.

En la solución que proponen Cobo/Carbonell, la agravación se establece «por el *simple* hecho de no devolver dicha libertad» (104) o lo que es lo mismo, por la existencia de una privación indefinida de libertad.

(98) BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *op. cit.* (nota 91), p. 26.

(99) En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *op. cit.* (nota 91), p. 27; RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.^a: *op. cit.* (nota 91), p. 314; BELLO LANDROVE, F.: *op. cit.* (nota 91), p. 180; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 914; DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 362.

(100) BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *ibídem*; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1164; MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.* (nota 78), p. 154; RODRÍGUEZ DEVESÁ, J.: *ibídem*; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 362.

(101) MUÑOZ CONDE, F.: *ibídem*; QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), pp. 928 y ss.

(102) RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.: *ibídem*; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *ibídem*.

(103) Expresamente POLAINO NAVARRETE, M.: *op. cit.* (nota 91), p. 229; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Posible inconstitucionalidad...». *Op. cit.* (nota 91), p. 891.

(104) COBO/CARBONELL: *op. cit.* (nota 55), p. 746.

En la interpretación de estos autores no queda claro si el mayor contenido de injusto de este tipo agravado se debe a la no devolución de la libertad, a la privación indefinida de ésta o a ambas circunstancias simultáneamente. Creo que la no devolución de la libertad en cuanto tal no constituye un elemento específico adicional que pueda determinar una agravación, por cuanto el delito de detención ilegal es un delito permanente lo que implica que no solo la creación del estado antijurídico sino también su mantenimiento pertenecen al tipo básico (105). En relación a la privación indefinida de libertad, hay que señalar que, en principio, no existe problema para que pueda determinar la agravación de la detención desde la perspectiva del concepto de delito permanente, dado que a través de esta duración indefinida se intensifica la lesión al bien jurídico en la detención ilegal (106). No obstante, la identificación de la duración indefinida de la privación de libertad como elemento determinante del tipo agravado del art. 483 CP adolece de varias objeciones que la hacen inviable. Su utilización plantea, en primer lugar, un problema de delimitación con la figura del art. 481 CP en su segunda modalidad, es decir, la de haber durado la privación de libertad más de 15 días. En segundo lugar, el tipo penal no hace ninguna referencia a la duración de la detención, lo que llevaría, si aceptamos que es la duración indefinida de la privación de libertad la que determina la agravación, a una infracción del principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución. Por último, el tipo es aplicable allí donde se ha cometido una detención ilegal, por muy poco que haya durado, con tal de que el autor no dé razón del paradero o no pueda demostrar la puesta en libertad de la víctima (piénsese en el llamado «caso el Nani»).

A mi juicio tampoco resulta viable la construcción que ha realizado Bustos para salvar el art. 483 CP. De un lado, no logra identificar un bien jurídico diferenciado que permita desterrar la sospecha de que se ha dado muerte a la víctima; tras señalar que junto a la libertad se lesiona el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al proceder a la concreción de este bien jurídico, la vida o la extinción de ésta, es decir, la muerte constituyen su contenido esencial. Con ello lo único que se hace es, o bien integrar la vida como bien jurídico en otro más amplio, o bien enmascarar simplemente el bien jurídico vida bajo otro nombre para evitar la presunción de muerte. De las afirmaciones del propio Bustos se infiere que detrás de la desaparición lo que realmente existe es un ata-

(105) Por todos, WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*. 10.^a ed. Walter de Gruyter, Berlin 1967, pp. 218 y s.

(106) Señalan que la duración de la detención ilegal intensifica la lesión del bien jurídico, por ejemplo, HRUSCHKA, J.: «Die Dogmatik der Dauerstrafarten und das Problem der Tatbeendigung» en *GA* 1968, p. 199; SAMSON, E. en RUDOLPHI/HORN/SAMSON: *Systematischer Kommentar*. 5.^a ed. Alfred Metzner, 1991, vor 52, núm. 26; SCHRÖDER, H.: «Die sogenannte Rückkehrpflicht bei § 142 StGB» en *NJW* 1966, p. 1002.

que a la vida (107). De otro lado, la integración de las dos omisiones del art. 483 en el tipo de lo injusto implica, como intentaré demostrar más adelante, la violación de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución (108).

Por lo que se refiere a la sugerente tesis de Gimbernat, ya se ha dicho que para este autor el art. 483 CP tipifica una detención ilegal con un resultado muy grave: una desaparición forzada. En este sentido, si este tipo penal efectivamente recoge una detención ilegal con el resultado de desaparición forzada, está claro que quien lo comete no sólo es responsable de la detención ilegal de la víctima sino también de «las circunstancias que han originado su desaparición» (109). Sin embargo, esta solución plantea algunos inconvenientes en su punto de partida, es decir, en la configuración de la desaparición como un resultado que el Derecho penal pueda sancionar y el art. 483 CP acoger en su redacción.

En primer lugar, la interpretación de Gimbernat choca con las exigencias del principio de legalidad. Para este autor la agravación se basa en la producción de un resultado de desaparición. El problema reside en que la redacción del art. 483 no exige ningún resultado (110), por lo que basar la agravación en este resultado supone la infracción del principio de legalidad que comporta, entre otras exigencias, el mandato de certeza que «impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción orde-

(107) Así, cuando afirma que la desaparición impide el reconocimiento de su muerte o cuando habla del derecho a mantener su identidad tanto en la vida como en la muerte o que aquí no sólo se afecta la vida, *op. cit.* (nota 1), pp. 158 y s. También critica este aspecto, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 363.

(108) Esta crítica es extensible también a MUÑOZ CONDE que, pese a poner de manifiesto las objeciones dogmáticas del artículo en cuestión, no obstante, adopta por razones político-criminales una posición cercana a la de BUSTOS RAMÍREZ al indicar que nada se opone a la configuración de un tipo agravado en base a estas omisiones, pues éste sería el único precepto aplicable a los casos de desaparición. No me parece que meras razones político-criminales puedan justificar la existencia de una norma penal pues, como ha señalado STREE, W.: *op. cit.* (nota 51), p. 14, «la pena no se justifica ya por el simple hecho de que esté indicada político-criminalmente».

(109) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *op. cit.* (nota 78), p. 363. Cuando este autor señala que el art. 483 constituiría un delito de sospecha si se aplicase aunque la víctima se fugó, al menos, no se pudiese descartar, hubiera tenido que afirmar lo mismo respecto a la puesta en libertad en relación a la cual se dice en los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia que no consta. Cfr. infra p. 670.

(110) En este sentido, ha señalado DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364, que el resultado no viene exigido por una redacción típica que se conforma con añadir al tipo básico dos comportamientos omisivos alternativos, sin mención alguna a un resultado.

nada» (111). La interpretación de este autor también infringe el principio de legalidad en la medida en que termina configurando un tipo de injusto *comisivo* con resultado de desaparición cuando el texto del art. 483 recoge únicamente una detención ilegal con dos omisiones puras.

Pero es que, además, la desaparición no puede constituir el resultado de un tipo penal (112) por cuanto ella no representa algo material sino meramente formal. Desaparición es «acto y efecto de desaparecer» (113) y desaparecer significar ocultar, dejar fuera de la vista. La desaparición se puede predicar tanto de objetos como de personas y no significa otra cosa que la falta de conocimiento sobre su ubicación espacial por no estar donde normalmente ha estado. Cuando se afirma que alguien ha desaparecido, se está indicando que no se encuentra en el entorno social en el que habitualmente estaba (familiar, amigos, trabajo, etc.). Sin duda se trata de una situación que puede determinar efectos jurídicos. Así, el Código civil regula la institución de la ausencia, que se declara, conforme al art. 181, allí donde ha desaparecido «una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias...». Ahora bien, se trata de una situación en todo momento revocable por cuanto siempre cabe la posibilidad de que el sujeto aparezca, es decir, constituye un hecho que, por definición, está revestido de provisionalidad. Pues bien, en mi opinión el Derecho penal no puede utilizar esta situación, que a lo sumo se puede calificar de verdad formal pero no material, para justificar intervenciones penales que, como en el caso del art. 483 CP, implican la pérdida de un derecho fundamental consagrado por el art. 17.1 de la Constitución. El Derecho penal sólo puede basarse en la verdad material y no formal; aspecto este último que es el que se toma como base si se configura un resultado en torno a una situación que es, en sí misma, siempre provisional.

En realidad, las dificultades que se plantean para realizar una interpretación conforme a la Constitución del art. 483 residen en que éste, en el fondo, intenta solucionar por la vía penal un problema de naturaleza procesal ligado a la función del esclarecimiento y sanción de delitos. La imperfección y las limitaciones de la Administración de Justicia originan situaciones insatisfactorias, pues en muchos casos ni siquiera llega a su conocimiento la comisión de un delito o, llegando a su conocimiento, no lo esclarece o lo hace parcialmente. Pues bien, lo que Gimbernat califica como detención ilegal con desaparición forzada no es más que un caso en el que la Administración de Justicia no logra esclarecer todas las cuestiones planteadas, en concreto, no ha podido averiguar qué ha

(111) STC 159/86, de 16 de diciembre. F.J. 4. Sobre este aspecto del principio de legalidad, cfr. también, entre otras, las Sentencias 133/87, de 21 de julio, F.J. 4 y 219/89, de 21 de diciembre, F. J. 2, 4 y 5.

(112) Así, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364.

(113) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Tomo I. 20.^a ed. Madrid 1984, p. 460.

pasado con el objeto material del delito de detención ilegal (114), algo que igual se puede plantear en relación a los objetos materiales de los delitos contra la propiedad (115).

Finalmente, me voy a ocupar de los dos argumentos que Gimbernat extrae de la comparación de las penas del art. 483 CP con las de los artículos correspondientes al asesinato y otras modalidades de detenciones ilegales. En primer lugar, no creo que sea suficiente para rechazar que el art. 483 contenga un delito de sospecha la consideración de que las penas de los artículos 483 y 406 CP no coinciden. Esta falta de concordancia es producto de la Reforma de junio de 1983, en la que la pena para el asesinato se elevó a reclusión mayor en grado máximo, dejándose igual la del tipo agravado de detención ilegal. Pero es que además no creo que resulte posible vislumbrar en este tipo una presunción de asesinato, como ha pretendido un sector doctrinal (116), acudiendo a la coincidencia de penas de los arts. 483 y 406 que existía con anterioridad a la mencionada Reforma. El sector doctrinal que así procede olvida que el art. 483 contiene también una detención ilegal que, con esta interpretación, se deja de valorar, y que además no puede explicar la diferencia de pena en relación al art. 485 CP (117). Por tanto, si se acepta que el art. 483 contiene una presunción de homicidio, el argumento de Gimbernat no sirve para refutar la tesis de que estamos en presencia de un delito de sospecha.

En segundo lugar, Gimbernat compara el marco penal del tipo agravado del art. 481 con la pena que en concreto se impuso por la Audiencia Provincial de Madrid a los encausados por el caso el Nani en aplicación

(114) Así, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364.

(115) Esto se ha puesto de manifiesto en muchos casos de desapariciones durante algunas dictaduras latinoamericanas. En ellas se produjo la desaparición de multitud de personas que fueron detenidas por las fuerzas de seguridad o por organizaciones paramilitares. En muchos casos se ha descubierto posteriormente que estas personas desaparecidas fueron asesinadas e inhumadas en cementerios clandestinos o que, en el caso de niños pequeños, éstos fueron adoptados en secreto. Con ello se pone de relieve que con la expresión «desaparición forzada» se alude a aquellas situaciones en las que no se conoce qué ha pasado con una persona. De esta idea parece partir la Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre personas desaparecidas, adoptada en la 90.^a sesión plenaria de 20 de diciembre de 1978, cuando exige a los gobiernos la búsqueda y ubicación de esas personas y la garantía de la plena responsabilidad de las autoridades «por los excesos injustificables que pudiesen conducir a desapariciones forzadas o involuntarias o a otras violaciones de los derechos humanos». En definitiva, sólo tras haber sido encontrada la persona desaparecida es posible esclarecer las responsabilidades.

(116) Cfr. nota 92.

(117) Este precepto no parte de una sustracción de menores. Así, la mayor pena del art. 483 se explica por contener una detención ilegal más una presunción de homicidio mientras que el art. 485 prevé sólo la pena del homicidio porque en él no se sanciona adicionalmente una sustracción de menores. Cfr. infra pp. 676 y s. y nota 163.

del art. 483; mientras que con el primero se puede imponer una pena de 17 años, la Audiencia impuso una pena de 20 años en aplicación del segundo. Esta escasa diferencia, de sólo tres años, es explicable —argumenta este autor— por la mayor gravedad de la conducta prevista en el art. 483 sin necesidad de acudir a la construcción de un delito de sospecha. Sin embargo, no puede pasarse por alto que este autor compara la pena máxima a la que se puede llegar con el art. 481, con la mínima aplicable por el 483 cuando lo que procede es comparar los marcos penales en toda su extensión (118). En realidad, la diferencia mínima entre ambos tipos penales puede ser incluso inferior a los tres años, en concreto, dos años y 8 meses pero lo que no menciona este autor es que la diferencia máxima puede llegar hasta los veinte años, o si comparamos los límites mínimos de los correspondientes marcos punitivos, hasta los diez años. En este sentido, no resulta justificable la diferencia por la mera existencia de una detención ilegal con una especial cualificación basada en la omisión de dos conductas meramente *procesales*.

Por último, en relación a la interpretación propuesta por Bajo y Díaz-Maroto, hay que poner de manifiesto que la falta de colaboración del delincuente con la Administración de Justicia por no dar razón del paradero de la víctima no puede constituir el injusto adicional, ya que ello supondría la sanción del ejercicio del derecho fundamental «a no declarar contra sí mismo» del art. 24.2 de la Constitución.

En mi opinión, el art. 483 CP constituye un delito de mera sospecha, en el que se presume que el autor de la detención ilegal ha dado muerte a la víctima (presunción de homicidio) (119). Esta es la única interpretación que permite explicar tanto la estructura del precepto como la elevada penalidad.

Para comprobar este aserto, es ineludible ante todo atender al contenido específico del tipo del art. 483 (120) y, en particular, al contenido y posible significación dogmática de las dos omisiones en él previstas. Las reinterpretaciones que tratan de evitar la calificación de delito de sospecha se ven obligadas a integrar las omisiones en el tipo del 483, ya que éstas constituyen el «plus» de este tipo agravado en relación al tipo básico del art. 480. Si las omisiones pertenecen al tipo, éstas sólo son imputables a su autor cuando éste, pudiendo realizar la conducta exigida, las omite (121). Ya hemos visto en páginas anteriores cómo omisiones de esta naturaleza están incapacitadas para plasmar un mayor

(118) Así, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364.

(119) Cfr. supra p. 663.

(120) La redacción legal contiene únicamente una detención ilegal, que se satisface con el tipo básico del art. 480.1, más la omisión pura de las conductas en él previstas, esto es, sin que recoja resultado adicional alguno al de la detención ilegal.

(121) Del problema de si se trata de dos omisiones alternativas o cumulativas me ocuparé más adelante.

contenido de lo injusto (122). Analicemos ahora otras insuficiencias en relación con las mencionadas en el art. 483.

La primera de estas omisiones consiste en no dar razón del paradero de la víctima. Esta omisión sólo puede resultar imputable al autor de la detención que, sabiendo dónde está la víctima, no lo dice. La imputación de esta omisión plantea problemas probatorios casi insolubles. Si se tiene presente que este precepto sólo viene en aplicación cuando no existen noticias acerca de la víctima y, por tanto, tampoco se sabe dónde está, ¿cómo es posible probar que el autor de la detención conoce el paradero de la víctima? Y, en caso de que se llegase a probar, ¿cómo es posible que se demuestre que el autor conoce el paradero de la víctima sin llegar a descubrir al mismo tiempo dónde se encuentra la víctima, en cuyo caso ya no viene en aplicación la pena agravada del art. 483? Se podría pensar que ello es posible si se demuestra que la víctima de la detención ni se dio a la fuga ni fue puesta en libertad por el autor. En este caso está claro que éste sabe dónde se encuentra la víctima. Ahora bien, el probar que la víctima hasta el instante mismo de caer el autor de la detención en manos de la autoridad no fue puesta en libertad ni se dio a la fuga constituye una prueba diabólica (123) y allí donde tenga éxito traerá consigo normalmente el descubrimiento del paradero mismo de la víctima.

Mayores problemas aún plantea integrar en el tipo la segunda omisión, la no acreditación de haber dejado en libertad a la víctima. Esta omisión sólo es imputable al autor cuando éste, pudiendo *acreditar* haber puesto en libertad, no lo hace. Ahora bien, el que el autor pueda acreditar la puesta en libertad de la víctima presupone dos cosas: primera, que el autor puso efectivamente en libertad; segunda, que tiene pruebas de ello. Sólo cuando se cumplen estos dos requisitos cabe afirmar que el autor, pudiendo acreditar, no lo hace y que, por tanto, le es imputable la omisión. Con ello se llega al absurdo de que al autor se le aplicaría el art. 483 justamente cuando está fuera de duda que éste no ha incurrido en más responsabilidades que las derivadas del art. 480 o, en su caso, del tipo agravado del art. 481 (124).

(122) Cfr. pp. 633 y ss.

(123) Cfr. la Sentencia del caso el Nani.

(124) Cabría quizás pensar en que la omisión de la acreditación de haber dejado a la víctima en libertad se podría integrar en el tipo a título de imprudencia. Sin embargo, a mi juicio tampoco esto es posible. La omisión de esta conducta por imprudencia supone que el sujeto no acredita la puesta en libertad aunque hubiese podido hacerlo si hubiese observado el cuidado debido. La omisión imprudente sigue presuponiendo la puesta en libertad, pues difícilmente se hubiese podido acreditar ésta si la puesta en libertad no tuvo lugar. Por tanto, la hipótesis de la omisión imprudente sólo es imaginable en el supuesto de que se puso en libertad a la víctima sin asegurarse los medios necesarios para acreditar esto. En este caso el sujeto hubiese podido acreditar si hubiese observado el cuidado debido (asegurarse los medios necesarios). Pero en este supuesto también está

Pero no quedan aquí los problemas que plantea la integración de las omisiones en el tipo. El agravar la pena con base en el silencio del reo de detención ilegal que se niega a proporcionar la información (dar razón del paradero o acreditar haber puesto en libertad) implica sancionar penalmente el ejercicio del derecho fundamental de no declarar del art. 24.2 de la Constitución (125) y en el caso de la segunda, dado que la conducta omitida tiene contenido probatorio, se vulnera además la presunción de inocencia, porque la pena se hace depender de la no aportación de pruebas por parte del reo de la detención ilegal.

Tampoco se puede justificar la diferencia de penas entre el art. 483 y los arts. 480 y, en su caso, el 481 (126) por la simple omisión de unas conductas procesales, que irían dirigidas a sancionar la falta de colaboración de un acusado con la Administración de justicia (127).

Por estas razones creo que sólo cabe calificar estas omisiones de condiciones objetivas de punibilidad, como ha hecho un sector doctrinal (128). Este es el «disfraz» dogmático que adoptan circunstancias que en el fondo constituyen una regla procesal de inversión de la carga de la prueba. En vez de establecer un tipo agravado, en el que se describe en qué consiste el plus agravatorio, se ha elegido la vía de sustituir éste por la simple concurrencia objetiva de las omisiones, lo cual sin duda tiene sentido en la estructura de un delito de sospecha; se establece una presunción de que un sujeto ha realizado una conducta más grave, dejándole abierta la posibilidad de que demuestre lo contrario.

Estas condiciones objetivas de punibilidad suponen una infracción del principio de culpabilidad. Para comprender esto hay que tener presente que las condiciones objetivas de punibilidad —aun tratándose de circunstancias muy discutidas— suelen ser conceptuadas como circunstancias ajena a lo injusto culpable que excluyen o atenúan la pena. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en muchos casos se emplean para eludir los presupuestos del principio de culpabilidad. Ante la dificultad de imputar ciertas circunstancias objetiva o subjetivamente, se las excluye del tipo y, con ello, en vez de actuar como circunstancias que restringen la pena, lo que hacen es ampliarla, o sea, permitir sancionar con pena casos que de no existir la condición objetiva no serían sancionables con pena o, al menos, no con tanta gravedad. Las condiciones objetivas de punibilidad de este precepto vulneran el principio de culpabilidad porque los elementos del tipo, que han de fundamentar la agravación, se sustituyen por estas figuras. Con ellas se vulnera asimismo la

claro que la responsabilidad penal no va más allá de la derivada del art. 480 o, en su caso, de la del 481 si concurriese alguna de sus circunstancias.

(125) Cfr. *supra* p. 636.

(126) Cfr. *supra* pp. 633 y ss. y 663.

(127) En este sentido, DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 364; BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO: *op. cit.* (91), pp. 26 y s.

(128) Cfr. nota 95.

presunción de inocencia, puesto que a través de ellas se materializa la presunción «iuris tantum» de la que parte el precepto. Finalmente, al constituir estas condiciones objetivas causas de ampliación de pena basadas en la omisión de ciertas informaciones por parte del autor, ello implica sancionar con pena el ejercicio del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo del art. 24.2 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la relación en que se encuentran las omisiones, estimo que el art. 483 CP contiene dos omisiones puras cumulativas y no alternativas como ha señalado un sector doctrinal (129). Aunque realmente una interpretación gramatical conduciría a considerar ambas omisiones como alternativas, de tal forma que cualquiera de ellas determinaría la concurrencia de los presupuestos exigidos por el art. 483, a la conclusión contraria llegamos desde una interpretación teleológica del precepto, puesto que éste exige la carencia absoluta de noticias sobre la víctima, lo que no será el caso allí donde el autor realice una de las dos acciones cuya omisión determina la aplicación de este artículo, por más que tal acción no excluya la subsistencia de la otra omisión; piénsese en el caso en el que el autor acredita haber puesto en libertad a la víctima que a continuación se ha ocultado, lo que imposibilita que el autor pueda dar razón del paradero de ella. Una interpretación distinta llevará, pues, a conclusiones totalmente absurdas que contradicen claramente la finalidad perseguida con este precepto.

En conclusión, cabe afirmar que el art. 483 es un delito de sospecha y que las reinterpretaciones propuestas para evitar esta calificación incurren en objeciones constitucionales, técnico-jurídicas o de penalidad.

IV. LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL SOBRE EL ART. 483

Hasta ahora el Tribunal Supremo ha tenido dos ocasiones para pronunciarse sobre el art. 483 CP al resolver sendos recursos de casación contra dos Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid que habían aplicado este precepto. Sin embargo, la interpretación realizada en las dos Sentencias difiere notablemente, como a continuación expondré (130).

(129) Cfr. nota 103.

(130) El objeto del presente trabajo me impide entrar en el análisis jurisprudencial de la relación de los arts. 184 y 480. Sobre ello, cfr., PORTILLA CONTRERAS, G.: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Edersa, Madrid 1990, pp. 103 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, J.: «El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público (art. 184 C.P.)» en *CPC* 20, 1983, pp. 335 y ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El delito de detención*. Trotta, Madrid 1992, pp. 91 y ss.

En la primera de ellas, Sentencia de 11 de marzo de 1974 (131), el Tribunal Supremo parece compartir todas las críticas doctrinales (132) en el sentido de que el art. 483 constituye un delito de sospecha en el que se presume el asesinato de la víctima de la detención, lo que representa un caso más de *versari in re illicita* que viola el principio de culpabilidad, aunque termina aplicando el precepto en virtud del «principio de legalidad y de la sumisión del Juez a la norma» (133).

En una línea muy distinta se han manifestado tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 1988 como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (R. Ar. 5665) que vino a confirmar la anterior. Estas Sentencias, al dictarse en el marco de un ordenamiento jurídico distinto, ya no podían alegar el argumento formal de vigencia utilizado por la Sentencia de 1974, puesto que por encima de la legalidad ordinaria está la Constitución. Esta ha venido a constituir a España en un Estado constitucional en el que la Norma Suprema vincula a todos los poderes públicos (134). Ello significa que, de haber mantenido la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo la interpretación del art. 483 sostenida por la Sentencia de 1974, se habrían visto obligados a suspender el proceso en el momento de proceder a dictar Sentencia y plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por cuanto los delitos de sospecha violan la presunción de inocencia consagrada en la Constitución en su art. 24.2. De ahí que tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo hayan partido de una fundamentación del art. 483 que niega su carácter de delito de sospecha. Veamos, pues, qué argumentos se han utilizado para justificar que este precepto no contiene ninguna presunción.

Empezando por la argumentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en ella se califica el art. 483 como «un delito de detención ilegal con desaparición forzada» (135), cuya justificación reside «en la alarma social que supone el no volverse a tener noticias de la víctima» (136). Nada se opone —continúa la Audiencia— a la agravación de un tipo básico allí donde concurran determinadas circunstancias que materialicen un mayor reproche penal, siendo este el caso del art. 483 debido «a la singular peligrosidad de los desaparecimientos forzados, cuya impunidad compromete además la confianza de la opinión pública en las instituciones creadas para proteger los derechos esenciales de la persona humana,...» (137). El art. 483 contiene dos modalidades de

(131) R. Ar. 1294, en ella se resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 1973.

(132) Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 76.

(133) Sexto considerando de la mencionada Sentencia.

(134) Cfr. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *op. cit.* (nota 37), pp. 95 y ss.

(135) Décimocuarto fundamento de Derecho.

(136) *Ibídem*.

(137) *Ibídem*.

omisión que lo cualifican y que se reconducen a la no realización de una conducta, lo que no es sinónimo de pasividad sino de verificación de una conducta distinta a la debida, la puesta en libertad del detenido o su puesta a disposición judicial. Por último, para la Audiencia la acreditación de la puesta en libertad a que se refiere el precepto constituye una actividad libre del acusado.

La argumentación de esta Sentencia adolece de varias objeciones. En primer lugar, para la Audiencia la pena se justifica en la alarma social. Ahora bien, la alarma social constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos difusos, que hace alusión a un sentimiento colectivo que cabría caracterizar como una mezcla de inseguridad, intranquilidad, preocupación, etc., y que puede responder a diferentes motivos, entre los cuales se encuentra, sin duda, el delito pero también una multiplicidad de situaciones que se dan muy a menudo en nuestra sociedad (huelgas, despidos, cierre de industrias, etc.). Cuando una pena se intenta fundamentar en la alarma social, se está pensando única y exclusivamente en fines preventivos, es decir, en calmar o atenuar ese sentimiento colectivo (138). Ahora bien, que la pena pueda y deba cumplir fines preventivos, no quiere decir que pueda justificarse únicamente en ellos sino que tiene que basarse en una conducta de la que quepa hacer responsable al sujeto con arreglo a los criterios del principio de culpabilidad. En este sentido, una cosa es que el proceso y condena del sujeto que realiza una conducta delictiva contribuyan a calmar este sentimiento y otra muy distinta es que este sentimiento, por sí solo, pueda justificar la imposición de una pena. Pero es que además habría que preguntarse por qué en este caso se utiliza el fundamento de la alarma social para este precepto y no se emplea para otros delitos tan graves o más que el recogido en dicho precepto. La respuesta es que en realidad la alarma social se produce por la falta de esclarecimiento de todo lo acaecido durante la detención ilegal, lo que en cierta forma se da a entender por la Sentencia cuando se habla de la impunidad que parece ir referida a la desaparición, es decir, durante la detención se produjo algo más, desconocido, puesto que de la víctima no se ha sabido más. Pero, como señalé más arriba, esto es un problema de capacidad de la Administración de Justicia para esclarecer los hechos que no cabe solucionar por la vía de una inversión de la carga de la prueba.

En segundo lugar, la desaparición forzada se imputa a través de las dos modalidades de omisión del art. 483, que se reconducen a la omisión de poner en libertad. En mi opinión, la reconducción de las omisiones a la de poner en libertad excede el posible tenor literal del texto. En ambos

(138) En esta línea afirma la Audiencia que la impunidad de las desapariciones forzadas comprometería la confianza del ciudadano en las instituciones creadas para la protección de los derechos fundamentales. Con ello está olvidando la Audiencia que el art. 483 es un delito común y no especial ligado a funcionarios públicos.

casos se trata de la omisión de proporcionar información que se produce una vez que la víctima ya está desaparecida. Pero aun prescindiendo de ello, la cuestión es cómo es posible imputar una desaparición *forzada* por la vía de la omisión de la puesta en libertad. Si un sujeto ha detenido a otro y se prueba que no lo ha puesto en libertad, lo único que cabe afirmar es que la víctima sigue estando detenida. Si se afirma que ha habido algo más que una detención ilegal, o sea, una desaparición forzada, también tiene que haberse dado algo más que la simple omisión de no poner en libertad. Así se recalca expresamente en la Resolución 33/173 de las Naciones Unidas cuando señala que las desapariciones forzadas o involuntarias de personas se producen «a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas, a menudo mientras esas personas están sujetas a detención o prisión, así como a causa de actos ilícitos o de violencia generalizada» (139). Pero, aun admitiendo la idoneidad de la no puesta en libertad para imputar el resultado por omisión, habría que probar que la desaparición se originó porque no se puso en libertad, entendida por la Audiencia como sinónimo de que ni la víctima fue puesta en libertad ni se dio a la fuga. Respecto a estas dos circunstancias se dice en los hechos probados que los procesados decidieron «para evitar las responsabilidades contraídas, llevarse a “El Nani”, sin contar con su voluntad y sin previo reconocimiento sanitario, de las dependencias policiales, para de este modo poder aparentar que se les había fugado, lo que efectuan los tres indicados procesados, solos o en colaboración con otra u otras personas no identificadas, trasladándole a un lugar no determinado que hasta la fecha no han querido revelar, *sin que conste en su defecto que hubiere sido puesto en libertad*, careciéndose desde entonces de toda noticia cierta y comprobada a propósito de su situación o paradero». De un lado, la Audiencia interpreta el art. 483 como un delito de detención ilegal con resultado de desaparición forzada (140) originado por la omisión de la puesta en libertad. De otro, admite abiertamente que no consta la puesta en libertad. Basta la no constancia del presupuesto legal que desencadena la agravación para aplicar el art. 483 (141). A mi juicio resulta evidente la violación de la presunción de inocencia.

(139) Resolución 33/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada en su 90.^a sesión plenaria de 20 de diciembre de 1978.

(140) La Audiencia no se detiene a explicar dónde encaja este resultado en el tenor literal del precepto.

(141) En este caso quedan patentes los problemas probatorios a los que hice referencia al analizar si era posible integrar en el tipo las dos omisiones del art. 483. En realidad, respecto a la primera y teniendo en cuenta el presupuesto fáctico de este precepto, o sea, la falta de noticias, la única vía que se me ocurre sería la prueba de que ni la víctima se fugó ni fue puesta en libertad. Se trata de dos hechos negativos que sólo se pueden probar a través de la prueba de indicios (prueba de un hecho positivo que excluya la posibilidad de existencia del negativo). La prueba de la inexistencia de la fuga la elude la

En tercer lugar, no parece compatible basar la cualificación del art. 483 en las dos omisiones previstas (no dar razón del paradero o no acreditar la puesta en libertad), integrándolas en el tipo, y, al mismo tiempo, señalar que la acreditación de la puesta en libertad constituye una actividad libre del acusado. Habría que plantearse cómo es posible afirmar que la no acreditación es una actividad libre del acusado cuando su inexistencia conlleva el cumplimiento del tipo del 483 y, por tanto, la imposición de la pena.

Finalmente, es de lamentar que la Audiencia no haya afrontado la interpretación del texto del artículo en cuestión más en profundidad, como había hecho el Tribunal Constitucional en relación al 509 CP (142). Toda la argumentación se hace apegada en demasía a las circunstancias concretas del caso y teniendo presente la cualidad de funcionarios de los acusados, lo que le lleva en algún caso a argumentar como si se tratase de un delito especial. De otro lado, no aborda el problema de cómo salvar por vía interpretativa la inversión de la carga de la prueba que el tenor literal contiene ni de cómo construir simultáneamente un tipo que satisfaga las exigencias del principio de legalidad.

Por su parte el Tribunal Supremo, admitiendo que el art. 483 puede ser calificado de delito de sospecha, considera posible realizar otra interpretación acorde con las exigencias constitucionales. Esta ha de tener como punto de partida los valores protegidos por el precepto, es decir, la libertad y seguridad como se hace en una serie de instrumentos internacionales, que tienen en común «la preocupación frente a las personas desaparecidas en circunstancias que provoquen temor por su seguridad física y moral» (143). Para el Tribunal Supremo las dos modalidades de omisión no pueden representar una presunción o inversión de la carga de la prueba, sino que corresponde probar a la acusación los siguientes puntos: «a') La detención ilegal de la persona desaparecida. b') La ausencia de toda explicación razonable de la desaparición. c') Omisión de la puesta en libertad» (144). Acto seguido añade que es realmente «tal desaparición» (145), la que materializa el mayor injusto de este precepto

Audiencia sutilmente por la vía de configurarla como un hecho positivo (simular una fuga). En relación a la segunda admite abiertamente la no constancia. En realidad, estamos ante una prueba diabólica. Para poder dar por probados estos hechos es necesario que hasta que el autor caiga en manos de la autoridad conste que la víctima no fue puesta en libertad ni se dio a la fuga, o sea, que seguía en manos del autor. La cuestión es si cabe imaginar un supuesto en el que se pruebe que no hubo fuga ni puesta en libertad hasta el instante en que el autor caiga en manos de la autoridad sin al mismo tiempo descubrir dónde se encuentra la víctima, esto es, sin que se rompa el presupuesto fáctico de este precepto.

(142) STC 105/1988, de 8 de junio.

(143) Fundamento de Derecho 1.^º en su apartado segundo.

(144) Fundamento de Derecho 1.^º en su apartado segundo.

(145) *Ibidem*.

y de la que el sujeto activo de la detención ilegal es responsable, pues en virtud de esta última había adquirido una posición de garante respecto de la víctima y aquella es fruto de la omisión de su deber de ponerla en libertad. Para el Tribunal Supremo «la ley penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuánto va a durar la privación puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido» (146). En la Sentencia se efectúa una distinción entre una primera fase de la detención en la que se adquirió una posición de garante, y una segunda que estaría presidida por la inseguridad, quedando demostrado «el hecho de la detención ilegal en términos de acusada gravedad, la ausencia de puesta en libertad y la correspondiente conexión» (147). En definitiva, el tipo agravado del art. 483 se basa en una desaparición fruto de la omisión de no poner en libertad. Ambas circunstancias se dan por probadas en la Sentencia.

A pesar del énfasis en la existencia de una interpretación acorde con la Constitución que se pone en la Sentencia, en ésta se encuentran sólo dos referencias a aquélla. De un lado, se sostiene que el art. 483 representa un delito plurifensivo, en el que los valores protegidos son la libertad y la seguridad y, de otro lado, que en el hecho de no dar razón del paradero o no acreditar la puesta en libertad no existe sospecha, presunción o inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, si el inciso «que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acredite haberle dejado en libertad...» no supone una inversión de la carga de la prueba ni una sospecha o presunción, el Tribunal Supremo habría de responder a la cuestión de qué representa realmente este inciso. Sin embargo, a ello no ofrece respuesta alguna. Como ya he señalado, a mi juicio la única respuesta compatible con la Constitución sería considerar que este inciso hace referencia al derecho del acusado a alegar y probar en su defensa lo que estime conveniente, como afirmó el Tribunal Constitucional respecto del art. 509 CP. Pero de admitirse lo anterior, surge inmediatamente el problema de cuál sea el contenido específico del tipo del art. 483 y dónde se refleja en su tenor literal, de modo que se pueda justificar una pena tan elevada. El Tribunal Supremo, obviando esta problemática, se plantea directamente qué se ha de probar sin realizar un análisis previo ni una caracterización de los diferentes elementos incluidos en el texto del art. 483.

Ante todo, de los tres elementos a probar junto a la desaparición forzada, llama profundamente la atención el segundo de ellos: «la ausencia de explicación razonable de la desaparición», ya que en ningún caso puede ser objeto de prueba aquello que no consiste en un hecho sino en un juicio de valor.

(146) *Ibídem*.

(147) *Ibídem*.

También la interpretación del Tribunal Supremo incurre en la objeción ya formulada frente a la tesis de Gimbernat de que transforma una detención ilegal con dos omisiones puras en un delito de detención ilegal con resultado de desaparición (148).

Por lo demás, la argumentación de la Sentencia se desliza sutilmente hacia el *versari in re illicita*. En el fondo se viene a sostener que, dada una detención ilegal, si de la víctima no se ha sabido más, son suficientes la ausencia de explicación razonable de la desaparición y la no constancia de la puesta en libertad (149) para aplicar el art. 483.

Por último, pasaré a analizar el Auto de la Sección 4.^a de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 419/90, de 28 de noviembre, en el que se inadmite el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Supremo acabada de estudiar.

La Sección 4.^a, tras esbozar el contenido del derecho a la presunción de inocencia y los límites de la declaración de inconstitucionalidad, pasa a ocuparse de «la interpretación correctora» (150), conforme a la Constitución, del Tribunal Supremo para verificar si ésta lesiona la presunción de inocencia. La Sección 4.^a considera ajustada a la Constitución la interpretación del Tribunal Supremo de que se trata de una «muy grave detención seguida de desaparición». Se han probado todos los datos y circunstancias que fundaron la condena: la detención, su ilegalidad, la no puesta en libertad y la desaparición. Respecto a estos elementos añade que «no son hechos negativos, sino comprobables, y han podido ser probados por la acusación». La Sección 4.^a define la desaparición como la «no devolución al lugar ordinario de residencia o al lugar en donde fue detenido». La prueba de ésta exige que el acusador demuestre que no se ha visto más a la víctima en los lugares que frecuentaba «y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda, aunque la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de hechos negativos incluya la posibilidad de prueba indiciaria relativa a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que puede hallarse el sujeto pasivo». En definitiva, la interpretación del Tribunal Supremo es conforme a la Constitución pues el descargo es meramente facultativo del acusado, no integrando las explicaciones el tipo penal.

Lo primero que llama la atención es que el recurso de amparo se haya inadmitido por carencia manifiesta de contenido (art. 50.2 b) de la

(148) Cfr. *supra* pp. 661 y s.

(149) En los hechos probados se dice: «sin que conste en su defecto que hubiere sido puesto en libertad». Cfr. *supra* p. 670, respecto a la violación de la presunción de inocencia que implica el aplicar el art. 483 basándose -según la interpretación del Tribunal Supremo- en una desaparición originada por la omisión de la puesta en libertad cuando se reconoce abiertamente que no consta la puesta en libertad.

(150) Auto 419/90, de 28 de noviembre. F. J. 6. Todos los entrecorbillados siguientes en el texto corresponden a pasajes de este fundamento jurídico.

LOTC) a través de un Auto de la Sección 4.^a de una extensión bastante más larga que la de muchas de las Sentencias del Tribunal Constitucional. Esto se puede deber en parte a la defectuosa formulación del recurso de amparo.

En relación al fondo de la argumentación, la Sección 4.^a no se ha planteado si «la interpretación correctora» del Tribunal Supremo puede acogerse en el tenor literal del art. 483 CP o si, por el contrario, supone una violación del principio de legalidad en cuanto se transforma una detención ilegal con una omisión pura en un delito calificado por el resultado, ni siquiera cuando afirma que las explicaciones no pueden integrar el tipo penal. Con independencia de si es posible configurar la desaparición como resultado de un tipo penal (151), el problema reside en que la interpretación del Tribunal Supremo rebasa los límites de la interpretación, el sentido literal posible (152) y, por ello, infringe el principio de legalidad.

De otro lado, afirma respecto a la no puesta en libertad y la desaparición que no son hechos negativos sino comprobables. Ahora bien, no es correcto contraponer como opuestos hechos negativos y comprobación. Los hechos negativos se contraponen a los hechos positivos. Pero ambos son comprobables. La peculiaridad de los hechos negativos reside en que su prueba es mucho más difícil. Estos sólo se pueden demostrar indirectamente, es decir, a través de la prueba indiciaria. Esta no tiene por objeto la prueba de la inexistencia de un hecho sino la prueba de un hecho positivo que excluye la posibilidad de que otro hecho haya podido tener lugar. Así lo reconoce la propia Sección 4.^a más adelante respecto a la desaparición. Admitiendo la posibilidad de que la desaparición pueda constituir un resultado para el Derecho penal, la prueba de ésta no significa que se la pueda imputar al acusado. Para ello, cuando menos y dando por buena una conclusión muy discutible, sería necesario demostrar que no hubo puesta en libertad. Dado que la Sección 4.^a niega que se trate de un hecho negativo, no se ocupa de precisar qué tipo de prueba indiciaria sería necesaria para probar la no puesta en libertad y si la Sentencia del Tribunal Supremo la recoge (153).

V. ANÁLISIS DEL ART. 485

En la introducción de este trabajo se había partido de la hipótesis de que el art. 485 CP presentaba una estructura paralela a la del art. 483 CP

(151) Cfr., *supra* p. 662.

(152) Cfr., por todos, CEREZO MIR, J.: *op. cit.* (nota 29), p. 60 con más referencias bibliográficas.

(153) Sobre la inidoneidad de esta omisión para originar un resultado de desaparición, cfr. *supra* pp. 669 y s.

y que por ello le serían aplicables las conclusiones extraídas para éste. Es ahora el momento de analizar si esta hipótesis era correcta o si, por el contrario, el desarrollo del trabajo la ha refutado.

Lo primero que hay que resaltar es que la simple lectura de ambos tipos pone de relieve que entre ambos existen al menos dos diferencias. La primera se refiere a la distinta penalidad establecida por los dos tipos, lo que en principio no plantea problemas. Sin embargo, la segunda de ellas introduce un elemento de vital importancia que a primera vista podría impedir hacer respecto al art. 485 las mismas objeciones que con anterioridad se han realizado contra el art. 483 CP; si en éste teníamos una inicial detención ilegal, puesta de manifiesto a través de la redacción del tipo, «el reo de detención ilegal», a la que se pretendía añadir un mayor contenido de injusto para justificar la existencia de este tipo agravado, no sucede lo mismo con el art. 485 CP que, a diferencia del art. 483 CP, presenta una estructura simple, por cuanto no se prevé una sustracción de menores con un pretendido *plus* de injusto añadido sino que, o bien contiene una sustracción de menores o bien otra figura delictiva, como a continuación tendrá ocasión de exponer. Ello impide trasladar sin más al art. 485 CP las objeciones que realicé contra los intentos de interpretación conforme a la Constitución del art. 483 realizados por la doctrina y la jurisprudencia a partir de la exigencia de determinadas conductas omisivas.

El actual art. 485 CP tiene su origen histórico en el art. 399 del Código penal de 1848, donde se sancionaba con la misma pena que la prevista para la sustracción de menores, habiéndose mantenido así en los sucesivos Códigos penales hasta llegar al Código penal de 1944 donde, a diferencia de los anteriores, la pena se modificó en relación al art. 484, elevándose hasta la reclusión menor. La igualdad de pena con anterioridad a 1944 permitía entender el actual art. 485, aunque su redacción no fuera muy afortunada, como una tipificación expresa de la comisión por omisión del delito de sustracción de menores en la que el autor adquiere una posición de garante por haber aceptado la guarda, lo que le obliga a devolverlo cuando a ello sea requerido por los padres o tutores del menor. Ello explica que sólo pueda ser sujeto activo de este delito aquél que haya recibido el encargo de cuidar del menor. El guardador que, teniendo en su poder el menor, no lo entrega a los padres o guardadores realiza una sustracción de menores por omisión (154). En esta interpretación el inciso de que «ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición» habría de ser concebido como una referencia al derecho del acusado de un delito de aportar cuantos medios de defensa estime pertinentes (155). Sin embargo, la

(154) Esta interpretación la apunta ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *op. cit.* (nota 75), p. 583 en relación al art. 499 del Código penal de 1870 aunque la descarta por considerar excesiva la pena.

(155) Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 105/88, de 8 de junio respecto al art. 509.

elevación de la pena del art. 485 a reclusión menor impide que se pueda mantener esta interpretación por cuanto la infracción de un deber de actuar en ningún caso es más grave que la infracción del deber de omitir (156).

Descartada la interpretación anterior, la doctrina considera que el art. 485 constituye otro caso de delito de sospecha (157), si bien no existe acuerdo en torno a cuál sea el contenido de la sospecha. Así, para un sector doctrinal se sospecha que se dio muerte al menor, es decir, se presume un homicidio doloso (158). Para otros se presume la connivencia en la sustracción del menor (159). Para Queralt, el tipo contiene una doble presunción: secuestro y muerte del menor (160) mientras que Bello lo interpreta como un delito de sospecha por existir «peligro abstracto para la vida del menor» (161).

Ahora bien, hay que señalar, en primer lugar, que la estructura del art. 485 no admite una presunción de secuestro, sea cual sea la postura que se mantenga. Así, al tener el autor al menor en su poder como guardador, éste no realiza un secuestro hasta que no se le reclame la devolución del menor, puesto que hasta el requerimiento lo tiene en su poder de forma legítima, y en el momento en el que se le reclame no puede existir presunción sino un secuestro efectivo en comisión por omisión por cuanto, en su calidad de guardador, tiene un deber de devolución del menor, de modo que realiza por omisión el secuestro si no lleva a cabo aquella cuando se le requiere para ello. Por tanto, en ningún caso cabe hablar de presunción de secuestro. Por otra parte, el tipo no permite una estructura compleja de secuestro y presunción de muerte, como propone Queralt (162) y ocurría con el art. 483, pues las omisiones, o bien deter-

(156) Se discute si la infracción del deber de actuar es siempre o sólo en algunos casos de menor gravedad que la infracción del deber de omitir, cfr., por todos, el análisis de CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*. Tomo II. Tecnos, Madrid 1990, pp. 48 y ss.

(157) Téngase presente que BUSTOS RAMÍREZ, J.: *op. cit.* (nota 1), p. 159, traslada también al art. 485 su argumentación sobre el art. 483. Este autor pone de relieve que resulta extraño que la pena de aquél sea inferior a la de éste último, lo que quizás se pueda atribuir a que «pareciese que por el hecho de ser niño se le concede menor importancia a su desaparición». Cfr. supra la exposición y crítica de la concepción de este autor sobre el art. 483, pp. 656 y 660 y ss.

(158) En este sentido, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 942; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1168; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 84; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 387; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 916.

(159) RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.: *op. cit.* (nota 91), p. 319. Así también, DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *Los delitos contra la familia*. Montecorvo, Madrid 1973, p. 301.

(160) QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 144.

(161) BELLO LANDROVE, F.: *La Familia y el Código Penal Español*. Montecorvo, Madrid 1977, p. 370.

(162) Con todo, este autor propone que también respecto al secuestro existe presunción.

minan que se sospeche que se ha dado muerte al menor, o que ha habido, utilizando la terminología de este autor, connivencia en el secuestro, o que el autor ha secuestrado realmente al menor por omisión (163).

Respecto a la posición de Bello, no creo que se pueda afirmar que es un tipo de sospecha porque existe peligro abstracto para la vida. Estas afirmaciones son excluyentes entre sí puesto que, o bien es un delito de sospecha por presumirse que el autor ha realizado una conducta que de estar probada constituiría otro delito, o constituye un delito de peligro abstracto por considerarse que las conductas omisivas encierran un peligro para la vida del menor, con independencia de si en el caso concreto ha existido o no el peligro, elemento que no se requiere en los delitos de peligro abstracto. Hay que recordar precisamente que muchos tipos que han sido tachados como de mera sospecha se han interpretado alternativamente como delitos de peligro abstracto, lo que ha permitido su mantenimiento en el ordenamiento jurídico. El delito de peligro abstracto recoge una conducta que por lo general resulta peligrosa. Este juicio de peligrosidad de la acción puede haber sido ya realizado por el legislador o éste puede haber dejado en manos del juez la realización del mismo, distinguiéndose en todo caso de los de peligro concreto en que no requieren que en el caso concreto se haya producido un resultado de peligro para el bien jurídico protegido (164). Realizada esa conducta tenemos el tipo correspondiente de peligro abstracto, es decir, no se condena en base a una presunción en el sentido implicado por el delito de sospecha.

Por otro lado, de considerarse el art. 485 como delito de sospecha, lo correcto es presumir que se dio muerte al menor, pues esta interpretación tiene a su favor la elevada penalidad, mientras que la sospecha de connivencia en la sustracción de menores no puede justificar aquella, pues no cabe afirmar que la participación en la sustracción sea más grave que la autoría de una sustracción, si no se quiere invertir toda la estructura conceptual de los distintos grados de participación. Así pues, aunque ambas interpretaciones caben en el tipo, la más satisfactoria sería la que presume la muerte del menor.

(163) El sostener una estructura compleja conduciría a un formalismo absoluto puesto que habría que presumir que el autor dio muerte al menor tras haber tenido lugar el requerimiento de devolución. Si se presume que al realizar el requerimiento ya se había dado muerte al menor, no cabe secuestro puesto que hasta el requerimiento se tuvo al menor de forma legítima. Sólo si la presunción de muerte se refiere a un momento posterior al del requerimiento sería posible sostener la estructura compleja. Que esto no es necesario para poder aplicar el art. 485 se muestra en el caso, por ejemplo, de que el autor sea detenido inmediatamente después del requerimiento.

(164) En este sentido, por todos, CEREZO MIR, J.: *op. cit.* (nota 29), pp. 328 y ss.; GALLAS, W.: «*Abstrakte und konkrete Gefährdung*» en *Festschrift für Ernst Heinitz*, Walter de Gruyter, Berlin 1972, p. 172. Un sector de la doctrina señala que también los delitos de peligro abstracto contienen un desvalor de resultado, si bien potencial. En este sentido, con más referencias bibliográficas, LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho penal*. Tirant lo blanch, Valencia 1992, pp. 177 y ss.

En mi opinión, el art. 485 constituye un tipo de mera sospecha en el que se presume que el autor ha dado muerte al menor. Esta interpretación permite explicar la pena y, al mismo tiempo, la diferencia con el art. 483, en el que la pena es más elevada por incluir, además, una detención ilegal.

El art. 485 está integrado por dos omisiones puras acumulativas (165) pues lo contrario, defendido por Bello y Gómez Pavón (166), se opone a una interpretación teleológica del precepto en cuanto que conduciría a la situación de que, por ejemplo, haya que aplicar la pena al que explica satisfactoriamente la desaparición del menor, pero no lo presenta (167). Por tanto, el precepto exige que no se presente al menor y además no se dé explicación satisfactoria de su desaparición, correspondiendo al Tribunal la apreciación del carácter satisfactorio o no de la explicación (168).

Por lo que se refiere a la significación dogmática de las omisiones, éstas son condiciones objetivas de punibilidad, puesto que su integración en el tipo conduce a las mismas objeciones que las planteadas respecto al art. 483 (169). Por tanto, basta la concurrencia objetiva de estas omisiones para que se aplique el precepto con independencia de si el sujeto omite las conductas voluntariamente o de cualquier otro modo. Estas condiciones objetivas de punibilidad infringen el principio de culpabilidad, ya que a través de ellas se sustituyen los elementos de la conducta que se pretende sancionar, la muerte del menor. Además implican una violación de la presunción de inocencia y del derecho al silencio. La acusación no tiene que probar la muerte del menor, sino que es el acusado el que ha de probar lo contrario a través de las conductas previstas en

(165) Así, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91). P. 944; DÍEZ RIPOLLES, J. L.: *op. cit.* (nota 13), p. 388.

(166) BELLO LANDROVE, F.: *op. cit.* (nota 161). P. 371; GÓMEZ PAVÓN, P.: *op. cit.* (nota 91), p. 916.

(167) De la misma forma que sucede respecto a las omisiones del art. 483. Cfr. *supra*, p. 667.

(168) En este sentido, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 944.

(169) Cfr. *supra*, pp. 665 y s. La omisión de no presentar al menor sólo es imputable si el sujeto puede hacerlo, esto es, lo tiene en su poder directa o indirectamente o al menos sabe dónde está. Ahora bien, ¿cómo es posible probar estas circunstancias cuando el precepto sólo viene en aplicación allí donde un menor ha desaparecido, o sea, no se conoce su paradero? La segunda omisión, el no dar una explicación satisfactoria, exige que el sujeto, estando en situación de darla, la omita. Ahora bien, aplicar el precepto justamente cuando el sujeto puede explicar satisfactoriamente la desaparición del menor, porque éste, por ejemplo, se haya fugado o se encuentre en casa de otra persona, es absurdo. Ni siquiera cabe pensar en imputar por lo menos esta omisión a título de imprudencia. En esta situación el sujeto no da la explicación satisfactoria aunque lo hubiera podido hacer de haber observado el cuidado debido. Aquí también se presupone que la explicación satisfactoria existe con la particularidad de que el sujeto no la puede ofrecer por no haber observado el cuidado debido.

el art. 485 (170). Si el sujeto ha de realizar esta actividad probatoria, ello significa asimismo que no puede ejercer su derecho fundamental a no declarar (art. 24.2), pues si permanece inactivo vendrá en aplicación el art. 485.

Dado que se trata de un delito de mera sospecha, me inclino por una interpretación restrictiva tanto del sujeto activo (171) como del sujeto pasivo (172). En lo referente a este último, aunque en el tenor literal cabe el menor de edad, creo que la interpretación del término menor hay que ponerla en conexión con los otros dos preceptos del capítulo. En este sentido, cabe restringir el término al menor de siete años en el sentido fijado por el art. 484. Si éste ha definido lo que hay que entender por menor, cabe interpretar que el artículo 485 ha partido del mismo concepto de menor, tanto más cuanto que cuando el legislador ha querido utilizar una definición de menor distinta lo ha hecho constar expresamente en el art. 486.

(170) Recuérdese que el Tribunal Constitucional ha declarado que la presunción de inocencia supone como primera garantía que la carga de la prueba corresponde a la acusación. Cfr. STC 109/88, de 8 de junio. F. J. 3.

(171) En este sentido, dada la naturaleza del precepto, considero que lo más acertado es restringir todo lo posible el círculo de posibles sujetos activos en la forma propuesta por DÍEZ RIPOLLES: *op. cit.* (nota 13), pp. 377 y s., de que a diferencia de lo que ocurre en el art. 486, en el art. 485 hay que poner en relación el sujeto activo con los titulares de la guarda cuyo ejercicio deviene imposible, entre los que incluye también los guardadores de hecho del art. 303 del Código civil. Ello implica que sujeto activo solo puede ser el que tiene encomendada la guarda temporal sin autoridad o título propio. Por contra, la doctrina probablemente mayoritaria se ha inclinado por una interpretación más amplia de la fórmula «el que hallándose encargado de la persona de un menor» basándose en que su redacción parece contentarse con una guarda de hecho con independencia de la razón de la que surge, lo que viene reforzado por la referencia a «persona» del menor. Así, COBO, M.: «Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores» en *ADPCP* 1961, pp. 447 y ss.; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *op. cit.* (nota 159), p. 742. Por una interpretación más restrictiva, RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.: *op. cit.* (nota 91), p. 319, al afirmar en la nota 17 en relación a la interpretación de Cobo que ésta es exacta «en cuanto a que alcanza a los guardadores de hecho, pero en cambio se restringe, de otro lado, porque sólo los guardadores de hecho, tengan o no derecho a la custodia del menor, caen bajo el rigor de la ley»; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 84.

(172) La doctrina indica unánimemente que se trata de un menor de edad civil, es decir, un menor de 18 años. Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *op. cit.* (nota 76), p. 143; RODRÍGUEZ DEVESÁ, J. M.: *op. cit.* (nota 91), pp. 319 y s.; MUÑOZ CONDE, F.: *op. cit.* (nota 78), p. 159; MANZANARES SAMANIEGO/ALBACAR LÓPEZ: *op. cit.* (nota 91), p. 1168; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio...* *op. cit.* (nota 91), 253; MAQUEDA ABREU, M. L.: *op. cit.* (nota 76), p. 84. Así, además, la doctrina anterior a la reforma del Código civil por la que se rebajaba esta edad de 21 a 18 años, refiriéndose al límite de edad vigente en ese momento, es decir, los 21 años, QUINTANO RIPOLLES, A.: *op. cit.* (nota 91), p. 944; DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R.: *op. cit.* (nota 159), p. 303. Para COBO, M.: *op. cit.* (nota 171), p. 440, es necesario además que este menor de edad tenga un encargado.

En conclusión, el art. 485, aunque con una estructura no coincidente con la del art. 483, mantiene como éste su carácter de delito de sospecha y del mismo modo debe considerarse inconstitucional por violación del principio de culpabilidad y de los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar.

Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro)

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal. U.C.M.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Relación normativa entre violación y estupro.—III. El tratamiento del error sobre los elementos que agravan la pena.—IV. Calificación aplicable a los supuestos de error sobre la edad de doce años (Violación-estupro). 1. Tesis de la doctrina mayoritaria. 2. Tesis de Gimbernat. 3. Solución propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se está produciendo una discusión dogmática en torno a si las llamadas relaciones de especialidad son realmente tales (1), o si, por el contrario, las relaciones normativas entre el supuesto tipo especial (agravado o atenuado) y el básico, son también relaciones de exclusión formal (2). Dicha polémica, aparentemente irrelevante, es fundamental, sin embargo, al condicionar la resolución posterior de problemas tan importantes como el error o la participación.

(1) Postura que representa la doctrina mayoritaria. V. por todos PEÑARANDA RAMOS, E.: «Concurso de leyes, error y participación en el delito». Edt. Civitas. Madrid. 1991. pp. 35-6.

(2) V. en ese sentido GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Concurso de leyes, error y participación en el delito» (A propósito del libro del mismo título del profesor Peñaranda Ramos) en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t..., fasc. III. Edt. Ministerio de Justicia. Madrid. 1992, p..., tesis ya apuntada por el mismo autor en «Autor y cómplice en Derecho penal». Edt. Facultad de Derecho. U.C.M. Madrid. 1966. pp. 278-9.

En el presente trabajo se estudiará un aspecto muy parcial de las consecuencias de dicha polémica: el error sobre los elementos que agravan la pena. Para afrontar esta específica cuestión utilizare un supuesto ya discutido en la doctrina: el error sobre la edad de doce años del sujeto pasivo en la violación. Ello me obligará, además, a plantear la resolución de este problema en los casos de la llamada relación de especialidad. Máxime cuando un sector doctrinal propone —ante las dificultades que plantean las relaciones de exclusión formal— de *lege ferenda* suprimir éstas en favor de las relaciones de especialidad (3).

Para una exposición de estas cuestiones recurriré a dos ejemplos propuestos por De Vicente Remesal (4).

1) A, prevaleiéndose de superioridad frente a su empleada V, que está a punto de cumplir doce años, accede carnalmente con ella en la creencia errónea e *invencible* de ser aquélla mayor de doce años.

2) A, con la misma conducta e intención que en el ejemplo anterior, yerra *venciblemente* sobre la mayoría de edad de doce años.

Desde la perspectiva de este autor el supuesto 1) debería ser calificado como una tentativa imposible de estupro (art. 434 I, en relación con el art. 52.2 del C.P.) (5). Y el supuesto 2) como violación imprudente en concurso ideal con una tentativa imposible de estupro (6). Si bien en este ultimo caso la mayoría de la doctrina entiende que sólo se respondería por una violación imprudente (7).

(3) V. sobre dicha propuesta en general PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...», pp. 77 y ss. La crítica a la misma, en GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...», pp... Específicamente para el caso de la relación violación-estupro *vid. VICENTE REMESAL*, F. J.: «Violación-estupro: error sobre la edad de doce años» en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 28. Edt. Instituto de Criminología U.C.M.-Edersa. Madrid, 1986, p. 114.

(4) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...», *op. cit.*, p. 75.

(5) *Ibídem*, p. 85. En igual sentido BAJO FERNÁNDEZ, M. y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J.: «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» (III). Edt. Ceura. 2.^a edición. Madrid. 1991, p. 237, N.M. 27. Otros autores como ORTS BERENGUER en VIVES ANTÓN, T. S. (coordinador) et alt.: «Derecho Penal. Parte Especial». Edt. Tirant lo blanch. 3.^a edición. Valencia. 1990, se inclinan en este caso por calificar la conducta como atípica, p. 632.

(6) *Idem*. En igual sentido BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: «Manual de Derecho...» *op. cit.* p. 237, N.M. 28, y con ciertas dudas MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho Penal. Parte Especial». Edt. Tirant lo blanch. 8.^a edición. Valencia. 1990, quien se adhiere a esta calificación «si el autor pretendía cometer un delito de estupro, actuando con engaño o prevaricamiento para conseguir el yacimiento», p. 397.

(7) En ese sentido MUÑOZ CONDE: «Derecho Penal...» *op. cit.* p. 397, aunque con matices (*vid. nota anterior*); ORTS BERENGUER: «Derecho Penal...» *op. cit.* p. 632; PRIETO RODRÍGUEZ: «La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales» en *Actualidad Penal*. 1991-1. núm. LX. p. 142; RODRÍGUEZ DEVESAS, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A.: «Derecho Penal Español. Parte Especial». Edt. Dykinson. Madrid. 14.^a edición. Madrid. 1992, p. 182 o RODRÍGUEZ RAMOS, L.: en COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. et alt.: «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» (I). Edt. Akal. Madrid. 1990, p. 208.

Dicha calificación, como reconoce el propio autor, evidencia disfunciones penológicas (8), lo que le lleva a proponer una reforma legislativa consistente en hacer desaparecer del delito de estupro el límite mínimo que supone la edad de doce años del sujeto pasivo (9). Se virtiría, de ese modo, al delito de estupro en un tipo básico respecto del de violación del párrafo 3 del art. 429.

Sin embargo, como intentaré demostrar, de *lege lata* no sería ésa la calificación aplicable a ambos ejemplos, ni su propuesta de *lege ferenda* vendría a constituir una solución válida para la resolución de los problemas de error.

Para ello partiré de dos presupuestos:

a) La relación actual entre el tipo de estupro (art. 434) y el de violación de menor de doce años cumplidos (art. 429.3) es de exclusión formal. Relación ésta, que subsistiría también si desapareciera el límite mínimo de edad del estupro: en los concursos de normas por especialidad, dicho concurso se muestra ficticio, ya que la relación normativa que media entre el supuesto tipo básico y el especial, es también de exclusión formal.

b) La regulación del error vencible sobre los elementos que agravan la pena se recoge en el párrafo primero del art. 6 bis a), y su consecuencia, por tanto, es la de «excluir la agravación».

II. RELACIÓN NORMATIVA ENTRE VIOLACIÓN Y ESTUPRO

Según la caracterización tradicional de la relación normativa de especialidad, ésta se produce cuando un tipo penal —al que se denomina *tipo especial*— agota con su descripción todos los elementos de otro —al que se denomina *tipo básico*—, si bien añade algun/os elemento/s, objetivo/s y/o subjetivo/s, distinto/s que lo particulariza y «especializa», para agravarlo o atenuarlo. Así, si se realiza el tipo especial, se realiza también el tipo básico (10). Expresado gráficamente: la especialidad provoca que la relación tipo básico-tipo especial sea la de dos círculos concéntricos, en los que a partir de un mismo núcleo —elemento/s del tipo básico— difieren en su radio —elemento/s que sirve/n para agravar/atenuar el tipo especial—. En resumen: el tipo especial es una subespecie incluida en el tipo básico o genérico.

(8) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 86. Sobre las mismas V. *infra* p...

(9) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 118.

(10) V. por todos PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* p. 36 y SANZ MORÁN, A. J.: «El concurso de delitos. (Aspectos de política legislativa)». Edt. Universidad de Valladolid. Valladolid. 1986, p. 122.

A *sensu contrario* la relación normativa de exclusión formal se produce cuando a pesar de poder compartir la conducta típica, el resto de los elementos que integran los respectivos tipos impide que alguno de ellos agote con su descripción el injusto total desvalorado en el otro. Recurriré de nuevo a una imagen gráfica: la exclusión formal provoca que la relación entre ambos tipos sea la de dos círculos secantes, en las que el área común a ambas representa la conducta típica y el área exclusiva los elementos diferenciales de cada tipo. Por tanto, no supone una novedad afirmar que el delito de violación del art. 429.3.^º y el de estupro se excluyen formalmente (11): aunque comparten la conducta típica —el acceso carnal—, la violación del art. 429. 3.^º, sin embargo, exige como elemento la minoría de edad de doce años cumplidos en el sujeto pasivo, mientras que el estupro *expresamente* exige que el sujeto pasivo tenga una edad superior a doce años.

Por ello, no comparto las interpretaciones de aquellos autores que convierten de *lege lata* estas relaciones, formalmente excluyentes, en relaciones de especialidad, esto es, la de quienes entienden que la intención del legislador es subsumir la conducta del acceso carnal con menor de doce años en el tipo de estupro (12). Ya que *expresamente* el tipo de estupro impone en su descripción los doce años como límite mínimo y, como afirma acertadamente Gimbernat, los tipos objetivos «no son maleables, sino por el contrario inflexibles, ya que en ellos se plasma el principio de legalidad penal» (13).

Por lo tanto el sujeto que accede carnalmente con menor de doce años *no realiza* el tipo objetivo de estupro, sino el de violación. Al no mediar entre ambos tipos una relación de especialidad no se puede afir-

(11) PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* pp. 108-9 y 117.

(12) Así expresamente SANCINETTI, M.: «Estupro y estupro impropio («Violación»)» (Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima), en *Doctrina Penal*, año 1, n.º 1 a 4. Edt. Depalma. Buenos Aires. 1978. pp. 359 a 363, si bien dicho autor, por la peculiaridad del tratamiento de estas cuestiones en el C.P. argentino juega con el carácter de honesto o deshonesto del sujeto pasivo. Esa parece ser también la posición de BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: «Manual de Derecho...» *op. cit.* cuando afirman que «la Ley quiso incluir lo menos (mujer mayor de doce años) porque lo más (mujer menor de doce años) aparece ya castigado en el delito de violación, pero si así no fuere, es decir, sino cupiera aplicar este delito (por falta de culpabilidad de la violación) recupera vigor el estupro» p. 238, N.M. 30. Incurren, sin embargo, en una incoherencia al extender esta supuesta *voluntad de la ley* sólo a los casos de falta de culpabilidad, ya que no se entiende por qué ante el caso de un error vencible —en que no desaparece la culpabilidad, sino que se modifica el título de imputación subjetiva doloso por el imprudente— esa voluntad legal no hace que se modifique también la calificación de violación imprudente en concurso ideal con tentativa imposible de estupro, por la de estupro doloso consumado. Sobre la posición de la doctrina alemana al respecto V. PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* pp. 119 y ss.

(13) GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p....

mar que el que accede con menor de doce años está cometiendo simultáneamente una violación y un estupro.

Ante la imposibilidad de *lege lata*, de encontrar una solución a los problemas de disfuncionalidad penológica que esto provoca, De Vicente Remesal ha propuesto una modificación de la técnica legislativa, para convertir la relación de exclusión formal violación-estupro en una relación de especialidad. Esta solución se articularía de la siguiente manera: hacer desaparecer de los tipos de estupro el límite mínimo de edad (14), de forma que, ahora sí, el acceso carnal con mujer menor de doce años agotaría tanto el tipo objetivo de la violación del art. 429.3.^º, como el del estupro, convirtiéndose éste en tipo básico y la violación en el tipo especial agravado (15).

Esta propuesta, sin embargo, no modifica las relaciones normativas lógicas entre lo que supuestamente sería el tipo básico —en este caso el delito de estupro sin límite de edad mínimo, o lo que es lo mismo la conducta de acceso carnal prevalente sobre menor de dieciocho años cumplidos— y el subtipo agravado —la violación— que seguirían siendo de exclusión formal. Nuevamente, en este supuesto no estaríamos ante una relación *genus-specie*, sino *aliud-aliud*. Es decir, en nada se modifica la situación actual.

Expuse anteriormente que la formulación tradicional de la relación de especialidad centraba su análisis en la comparación de los injustos, desde cuya perspectiva comparativa, con la propuesta de *lege ferenda*, nos hallaríamos ante una relación de especialidad. Sin embargo, si modificamos la perspectiva de análisis y nos desplazamos a la de la consecuencia jurídica, entonces, como ha puesto de manifiesto Gimbernat (16), no puede afirmarse que la pena del tipo básico de estupro —prisión menor— abarque también la del tipo especial de violación —reclusión menor—. El problema de la relación de especialidad se concreta en la posibilidad lógica y normativa de que efectivamente una norma penal básica —incluyendo tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica— pueda subsumir también a la norma penal especial.

Recurso de nuevo a la geometría: el círculo que representa la pena del tipo básico —prisión menor— no incluye dentro de sí, tal como se afirmó del injusto, el círculo que representa la pena del tipo especial —reclusión menor—. Aquí la relación es a la inversa.

Entonces ¿Cómo es posible que abarcando el supuesto de hecho del estupro al de la violación, su consecuencia jurídica no abarque también la de aquélla? Sencillamente porque la primera premisa es falsa: el supuesto de hecho del estupro no abarca el de la violación, o lo que es lo

(14) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 114.

(15) *Idem.*

(16) «Concurso...» *op. cit.* p...

mismo, el estupro no es un tipo básico respecto de la violación, sino que son ajenos entre sí, se excluyen formalmente.

Para comprender dicha relación *aliud-aliud* es preciso atender a la circunstancia de que, tal como señala Gimbernat, aunque lógicamente sea posible concebir un concepto genérico o básico, eso no quiere decir que el mismo esté normativizado —incluido en un tipo penal en concreto— (17) ya que para que ese concepto se plasme en una norma penal debe cumplirse el requisito de que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica del primero sean también reflejo del segundo.

III. EL TRATAMIENTO DEL ERROR SOBRE LOS ELEMENTOS QUE AGRAVAN LA PENA

Una vez sentado el primer presupuesto del que parto abordare la posición que mantengo en relación al art. 6 bis a), párrafo primero y la problemática que de él se deriva. Mi tesis es la siguiente: los supuestos de error, sea vencible o invencible, sobre 105 elementos que agravan la pena deben solucionarse conforme al párrafo primero del art. 6 bis a).

Y ello en función de los siguientes argumentos: a) un análisis sintáctico de la propia literalidad del precepto; b) el tratamiento lógico-dogmático dispensable a dichos supuestos y c) una interpretación sistemática que coordine el anterior con el de las circunstancias agravantes genéricas.

A) Un análisis de las posibilidades sintácticas de la literalidad del art. 6 bis a), párrafo primero, exige tomar en consideración que dentro de dicho párrafo aparecen diferenciados dos supuestos de error: a) el que recae sobre elementos esenciales integrantes de la infracción penal y b) el que recae sobre elementos que agravan la pena, a los que relativamente se aplican consecuencias jurídicas también diferenciadas.

Respecto del primer supuesto no se plantea ninguna cuestión ni desde la perspectiva de su construcción sintáctica (18), ni desde el de su comprensión lingüística, ya que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica aparecen completamente descritos, de tal forma que su tenor literal sería el siguiente: «El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal (...) excluye la responsabilidad criminal (...).

Mayor confusión se produce con la previsión de los elementos que agravan la pena, y ello porque en el supuesto de hecho se han omitido

(17) GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p.... nota 12.

(18) Otro problema es el estrictamente jurídico de conocer si el error alegado es atendible o no, la interpretación del concepto «elemento» y su caracterización como «esencial», o delimitar qué es un elemento que integra la infracción penal y qué, otro que sólo lo agrava.

ciertos elementos lingüísticos. Su tenor literal es el siguiente: «(...) que agrave la pena [excluye] (...) la agravación en su caso» (19). Expresamente lo único que se refleja es una proposición subordinada de relativo —que agrave la pena—. Gramaticalmente sólo es posible que la proposición de relativo —que— tenga como antecedente a «elemento». Las dudas surgen en el momento de analizar a que otro adjetivo vendría a sustituir la proposición «que agrave la pena». En tal caso diversas son las construcciones sintácticas posibles que se plantean:

En un primer supuesto cabe la posibilidad de que únicamente «que agrave la pena» venga a sustituir a «esencial». En ese caso su estructura sería:

a) [El error invencible sobre un elemento] que agrave la pena [integrante de la infracción penal] [excluye] la agravación en su caso (20).

Un segundo supuesto es el de la sustitución de «que agrave la pena» por los dos adjetivos que aparecen referidos a elemento, «esencial» e «integrante de la infracción penal», en ese caso su estructura sería:

b) [El error invencible sobre un elemento] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso (21).

Un tercer supuesto es el de la sustitución de «que agrave la pena» únicamente por el segundo de los adjetivos de elemento, «integrante de la infracción penal», en cuyo caso su estructura sería:

c) [El error invencible sobre un elemento esencial] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso (22).

(19) Entre los símbolos [...] se incluirán los elementos lingüísticos que aparecen implícitos en la proposición.

(20) Esta parecería ser la interpretación por la que optan autores como COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: «Derecho Penal. Parte General», edt. Tirant lo blanch. 2.^a edición. Valencia. 1990. p. 513. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General», Edt. Civitas. Madrid. 1984. pp. 221 y ss. o PEÑARANDA RAMOS: «Concurso...» *op. cit.* pp. 79 a 82, nota 85, al entender que el precepto sólo se refiere a los elementos de los tipos cualificados o agravados.

(21) Esta es la interpretación mayoritaria que entiende incluido en el precepto además las circunstancias genéricas de agravación de los arts. 10 y 11, en ese sentido *vid.* BACIGALUPO, E.: «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición (art. 6 bis a), del C.P.)» en *Comentarios a la Legislación Penal* (coordinados por Bajo Fernández). t. V, v. 1. Edt. Edersa. Madrid. 1985. pp. 74 y ss.; MIR PUIG, S.: «Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983» en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7. Albacete. 1989, pág. 116; *idem*: «Derecho Penal. Parte General», Edt. P.P.U. 3.^a edición. Barcelona. 1990, p. 272; MUÑOZ CONDE, F.: «Teoría Jurídica del Delito». Edt. Tirant lo blanch. 2.^a edición. Valencia. 1989, p. 68 u OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: «Derecho Penal. Parte General. Edt. Rafael Castellano editores. 2.^a edición. Madrid 1986, p. 145.

(22) En solitario defiende esta tesis MAQUEDA ABREU, M. L.: «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal» en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 21. Edt. Instituto de Criminología U.C.M.-Edersa. Madrid.

Las posiciones doctrinales se han centrado, consciente o inconscientemente, en estas tres posibilidades, provocando la discusión sobre sí, entre esos elementos «que agravan la pena», se incluyen las circunstancias genéricas de agravación, las específicas de cada tipo o las que hacen al tipo un delito *sui generis*. Para el caso que me ocupa, sin embargo, no es de gran interés esta polémica, ni siquiera desde la postura más extrema que restringe su aplicación a los delitos *sui generis*, se puede negar que el límite de los doce años en la violación es un elemento que agrava la conducta de acceso carnal en relación al estupro. De mayor interés a dichos efectos es analizar otra posibilidad: que la previsión respecto al tratamiento sobre los elementos agravatorios se refiera tanto al error invencible como al vencible.

Ya he puesto de manifiesto que lo único indudable sintácticamente es que la proposición «que agrave la pena» venga referida a «elemento». Sin embargo, todavía no podría descartarse que «invencible» hiciera alusión sólo al caso de elementos esenciales integrantes de la infracción penal, de forma que dicho adjetivo no perteneciera a la estructura profunda de la construcción sintáctica de la previsión sobre los elementos agravatorios. En ese caso, combinando las tres estructuras anteriormente planteadas se puede todavía concluir en otras tres posibilidades sintácticas:

- d) [El error sobre un elemento] que agrave la pena [integrante de la infracción penal] [excluye] la agravación en su caso.
- e) [El error sobre un elemento] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso.
- f) [El error sobre un elemento esencial] que agrave la pena [excluye] la agravación en su caso.

Una vez observado que el argumento gramatical no es definitivo para excluir ninguna de dichas interpretaciones deberá acudirse a los otros argumentos: lógico-dogmático y sistemático, para solventar dicha cuestión.

B) Desde el punto de vista lógico, entendiendo que en el párrafo primero del art. 6 bis a) solo se menciona al error invencible, la consecuencia es que cuando el párrafo segundo de dicho artículo remite el tratamiento del error vencible a los supuestos del párrafo anterior, lo haría tanto para los elementos esenciales integrantes de la infracción penal, como para los que agravan la pena. Por ello habrá de comprobarse si la consecuencia jurídica que reserva este párrafo segundo a los casos de error vencible —el castigo como culposa de la infracción— es dogmáticamente posible también para los casos de error vencible sobre elementos que agravan la pena.

1983, pp. 699 y ss. al entender que el término esencial se refiere también a los elementos agravatorios y por lo tanto sólo se podría aplicar en los casos de delitos *sui generis*.

El error vencible sobre un elemento que, si bien forma parte del tipo, sólo sirve para agravar la pena, no puede provocar la modificación del título de imputación subjetiva del mismo. La conducta típica esencial se ha producido dolosamente, esto es, el núcleo esencial que describe la lesividad social del comportamiento era conocido y querido por el mismo. El hecho de que el error recaiga sobre un elemento agravatorio no constitutivo del núcleo esencial que describe la lesión del bien jurídico *strictu sensu*, sino que incide sobre la mayor gravedad de dicha lesión —elemento aumentante del injusto—, no empece a que el desvalor de la conducta quede incolme en la concreta forma de imputación subjetiva, pues éste es el elemento básico de la reacción penal —elemento fundamental del injusto—.

Dogmáticamente es inviable que ante el error vencible sobre un elemento agravatorio, la infracción sea castigada como imprudente (23). En su caso, lo que puede ocurrir es que dicho elemento de agravación no sea tenido en cuenta en el momento de la subsunción.

El párrafo segundo del art. 6 bis a), al remitirse al «error a que se refiere el párrafo anterior», lo hace a los elementos esenciales integrantes de la infracción penal. Lo contrario sería defender que el párrafo segundo —aún intentando regular también el error vencible sobre los elementos agravatorios— no incluiría su consecuencia jurídica, lo cual es un contrasentido. ¿Cómo puede entonces entenderse el tenor del párrafo segundo del art. 6 bis a)? Sólo quedarían dos posibilidades: o bien entender que no recoge el tratamiento dispensado a los casos de error vencible sobre elementos agravatorios, supuesto que ya ha sido criticado, o bien entender que dicho tratamiento se contempla ya en el párrafo primero.

La argumentación lógico/dogmática me permite, al menos, descartar una posibilidad: que el tratamiento del error vencible del párrafo segundo sea aplicable a los elementos agravatorios. Lo que todavía queda por resolver es si efectivamente el tratamiento dogmático aplicable a los casos de error vencible sobre estos elementos coincidiría con el dispensado en el párrafo primero, esto es, que se excluya la agravación. Para ello recurrire a una interpretación sistemática.

C) El tratamiento que el Código dispensa a las circunstancias agravantes genéricas se recoge en el párrafo segundo del art. 60. En él

(23) Así BUSTOS RAMÍREZ, J.: «El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. III. Edt. Ministerio de Justicia-C.S.I.C. Madrid. 1985, pp. 705 y ss., y especialmente 706. MIR PUIG, S.: «Derecho Penal. Parte General». Edt. P.P.U. 2.^a edición. Barcelona. 1990, pp. 272-3 e *idem*: «Preterintencionalidad...» *op. cit.* p. 117; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: «Derecho Penal. Parte General». Edt. Rafael Castellano editores. 2.^a edición. Madrid. 1986, p. 149 y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal Español de 1980» en *Cuadernos de Política Criminal*, n.^o 15. Edt. Instituto de Criminología U.C.M. Madrid. 1981, p. 25.

se exige para la aplicación de una concreta circunstancia agravante, que se «tuviere conocimiento de ella». Su concurrencia ha de ser abarcada por el dolo del sujeto (24). Igualmente si se entiende que el párrafo primero del art. 6 bis a) regula el error vencible sobre elementos agravatorios, la conclusión es que para la subsunción del elemento agravatorio se exige el conocimiento de su concurrencia —dolo—. De esta manera se asimila el tratamiento de las circunstancias agravantes —art. 60.2— y los elementos agravatorios, lo cual es coherente desde un análisis sistemático, máxime si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones coinciden los elementos agravatorios con circunstancias agravantes genéricas.

En resumen: a) desde la perspectiva lingüística no es posible negar que el párrafo primero del art. 6 bis a) incluye el tratamiento del error vencible sobre un elemento que agrava la pena; b) desde el punto de vista lógico-dogmático no es posible que el tratamiento de dicho error sea el del párrafo segundo —el castigo como imprudente de la infracción— y c) siendo dogmáticamente correcto el trato dispensado a este error por el párrafo primero del art. 6 bis a) —excluir la agravación—, no hay problema alguno en entender que en el mismo se está aportando el tratamiento de los supuestos de error vencible sobre elementos agravantes.

Pero ¿Qué significa «excluir la agravación»? A esta cuestión responde Gimbernat, al analizar el error sobre la circunstancia de parentesco en la relación parricidio-homicidio: «no se puede entender en el sentido de que objetivamente no se ha dado la agravación —porque sí se ha dado: se ha matado al padre—, sino sólo en el que la pena se debe aplicar, acudiendo al tipo residual del 407, «como si» ese aspecto del acontecimiento no hubiera sucedido» (25). Por ello dicho autor caracteriza este precepto como «una regla de aplicación de la pena» (26).

Aunque comparto el planteamiento de Gimbernat, no creo que el art. 6 bis a) contenga una «regla de aplicación de la pena». Si analizamos detenidamente la previsión de dicho artículo, lo que se puede concluir es que contiene el tratamiento de la incongruencia entre la concurrencia fáctica de un hecho —que coincide con el presupuesto objetivo de la agravación— y el conocimiento que respecto del mismo tiene el sujeto. No contiene tanto una regla de aplicación de la pena, como una regla de subsunción de la conducta en el injusto. La subsunción es necesaria para los elementos objetivos y subjetivos, y el art. 6 bis a) incide precisamente sobre el proceso de subsunción de los elementos sub-

(24) *Idem* los autores y pp. citados en la nota anterior. Vid., sin embargo, la matización de Bustos Ramírez: «El tratamiento...» *op. cit.*, quién entiende que «éstos no admiten formas de conexión personal alguna, ya que dolo y culpa están únicamente referidas a las acciones y omisiones, pero no a las circunstancias aisladamente consideradas. (...) sólo se puede aplicar el conocimiento respecto de ellas y éste entonces «se da» o «no se da»», p. 706 (cursiva en el original).

(25) «Concurso...» *op. cit.* p. (entrecomillado en el original).

(26) *Idem*.

jetivos, lo cual supone que normativamente sólo se tiene en cuenta el elemento agravatorio que sea conocido por el sujeto activo. En caso contrario —error vencible o invencible— dicho elemento *que sí concurre fácticamente*, es «*como si* no existiera».

Así, cuando el art. 6 bis a), párrafo primero, hace mención a «excluir la agravación» ha de entenderse en su sentido más estricto: hacer desaparecer del juicio de relevancia normativa —subsunción— ese concreto hecho agravatorio, dejando subsistente el resto de los elementos. Por ello si continuamos el ejemplo propuesto por Gimbernat, en el que plantea la conducta de un sujeto que mata a su padre errando sobre la circunstancia de la relación de ascendencia (27), la conclusión sería la siguiente: la subsunción sólo es posible respecto de los hechos y circunstancias desvalorados por el Derecho penal; el Derecho penal sólo desvaloriza la concurrencia de un elemento agravatorio cuando ha sido conocida por el sujeto activo; el sujeto activo no conocía el carácter de ascendiente del sujeto pasivo; por lo tanto en la subsunción ha de procederse omitiendo la circunstancia de parentesco, esto es, *como si* el sujeto pasivo fuera un no-ascendiente. En tal supuesto las circunstancias a subsumir son «causación de muerte» y «no-ascendiente», y esa conducta se subsume en el tipo que describe la causación de la muerte del no-ascendiente, esto es, el homicidio. Pero, y es incidir en ello, no porque el hecho de matar al padre se recoja también en el art. 407, sino porque ese es el concreto tratamiento dado a los casos de incongruencia sobre el desconocimiento de la concurrencia fáctica de los elementos agravatorios.

Dicha conclusión, además, es la más respetuosa con la literalidad del art. 6 bis a), párrafo primero: el tratamiento dispensado al error sobre los elementos agravatorios por la doctrina mayoritaria no se ajusta a dicha previsión, me explicaré: la doctrina mayoritaria lo que afirma es que objetivamente la muerte del padre es subsumible parricidio como en el homicidio, de tal modo que al incidir sobre el elemento parentesco un error, desaparece el tipo de parricidio —por no poderse subsumir subjetivamente su conducta en el mismo— y le imputan el homicidio porque objetivamente también se ha producido el mismo. Sin embargo, con dicha argumentación no se «excluye la agravación» —relación de parentesco con la víctima— sino «el tipo agravado» —el parricidio—. Asimilán el tratamiento del error sobre el elemento agravatorio, con el del elemento esencial integrante de la infracción penal, esto es, «excluyen la responsabilidad criminal» para ese concreto tipo agravado, dejando subsistente, como es coherente con su punto de partida, el tipo básico. En última instancia llevan a cabo una confusión entre la conse-

(27) GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p.... Refiere este autor dicho ejemplo a un caso de error invencible, sin embargo por la identificación de trato que ha go entre este error y el vencible lo entiendo aplicable a ambos.

cuencia «excluir la agravación» —que es la que concretamente recoge el Código— con la consecuencia «excluir la responsabilidad criminal del tipo agravado».

El tratamiento que defiendo en relación al proceso de subsunción del elemento subjetivo es, en este extremo, asimilable al de subsunción del tipo objetivo. Imaginemos un supuesto en que A dispara contra B con la intención de matarlo y B muere por las heridas recibidas, pero a causa de una hemofilia, que A desconocía que B sufría. Causalmente A ha matado a B, normativamente a A no le es imputable objetivamente la muerte de B. ¿Se puede decir desde un punto de vista causal que A, tal como exige el art. 3, II, «ha practicado todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo produce por causas independientes a la voluntad del agente»? Obviamente no. Sin embargo, normativamente sólo puede ser tenido en cuenta lo prohibido por la norma. Así, en el proceso de subsunción queda fuera el hecho evidente de que ha sido el disparo de A el que ha matado a B, y en la determinación del injusto se actúa «como si» la muerte no hubiera acaecido. En igual sentido, pero para el caso de la imputación subjetiva, se produce la subsunción «como si» no existiera el elemento agravatorio, en caso de error.

Como se habrá podido comprobar, y retomo con ello la conclusión adelantada, aún teniendo razón Gimbernat en que el párrafo primero del art. 6 bis a) exige que se trate al elemento agravatorio «como si» no existiera, no es por contener el mismo una regla de aplicación de la pena, sino que ello es consecuencia lógica del proceso de subsunción.

Presupuesto lo antedicho estamos en situación de intentar solucionar los problemas de error sobre la minoría de edad de doce años cumplidos en el sujeto pasivo. Para ello retomemos los ejemplos propuestos al comienzo del presente trabajo.

IV. CALIFICACIÓN APLICABLE A LOS SUPUESTOS DE ERROR SOBRE LA EDAD DE DOCE AÑOS

1. Tesis de la doctrina mayoritaria

RESOLUCIÓN DEL CASO 1, (error invencible sobre minoría de edad de doce años cumplidos): La posición dominante entiende que en estos supuestos, al darse de *lege lata* una relación de exclusión formal, ni se habría producido la concurrencia de los elementos objetivos del tipo de estupro —el acceso carnal se produce con menor de doce años— ni tampoco se podría incriminar por una violación, al excluirse la posible concurrencia de cualquiera de los elementos subjetivos genéricos del tipo —el dolo o la culpa—. Por ello la única calificación dogmática

mente posible, como ya hemos visto (28), sería la de una tentativa de estupro, pero inidónea por ausencia de un sujeto pasivo apto.

Esta solución, como reconocen dichos autores, conduce a unas consecuencias penológicas y de proporcionalidad de la pena disfuncionales, ya que al suponer una pena de arresto mayor o multa, resultaría más levemente penado que el sujeto que se prevale y finalmente accede carnalmente con mayor de doce años, conociendo dicha circunstancia —delito de estrupro y por lo tanto prisión menor— cuando a lo sumo lo que debería es equipararse las consecuencias jurídicas (29).

Por ello, de prosperar la propuesta de *lege ferenda*, de constituir en tipo genérico al estupro, haciendo desaparecer el límite mínimo de edad, parece que les permitiría calificar estos supuestos como de estupro consumado, ya que entonces objetivamente se cumpliría tanto el tipo objetivo de la violación como el de estupro, si bien por la imposible imputación subjetiva, provocada por el error invencible, de la violación, sólo se le podría hacer responder por un delito doloso consumado de estupro (30).

Se consumarían, de esa manera, las virtudes de equiparación de gravedad de ambas conductas: estupro y error invencible. Ambas se castigarían con prisión menor.

RESOLUCION DEL CASO 2), (error vencible sobre la minoría de doce años): La posición dominante en este caso aboga por la calificación de violación imprudente en aplicación del párrafo segundo del art. 6 bis a) (31). Calificación ésta que, sin embargo, atendería sólo al aspecto del desvalor de resultado -acceso carnal con menor de doce años-, pero no conseguiría abarcar el total del desvalor de la acción, puesto que la intención del sujeto se dirigía al acceso carnal con una persona mayor de doce años, pero menor de dieciocho, con prevalimiento. Por ello algunos autores entienden aplicable el concurso ideal (art. 71) entre la violación imprudente y una tentativa imposible de estupro (32).

Dicha calificación se acerca más a unos resultados políticocriminales menos disfuncionales, al imponer una sanción más grave para los casos de error vencible —prisión menor en grado máximo— que a los de estupro —prisión menor en toda su extensión—. Sin embargo, la pena de prisión menor en grado máximo para el error vencible solo se produce en el caso de que la imprudencia sea temeraria y no simple, y siempre que el juez, en virtud de la discrecionalidad que le otorga el art.

(28) *Vid. supra* nota 5.

(29) Así VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *Op. cit.* pp. 86 y ss. y BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO VILLAREJO: «Manual de Derecho...» *Op. cit.* p. 237, N.M. 27.

(30) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* pp. 114 y ss.

(31) *Vid. supra* nota 7.

(32) *Vid. supra* nota 6.

52, decida rebajar un grado la pena de estupro —prisión menor—, y no dos —arresto mayor— (33).

Nuevamente con la propuesta de *lege ferenda*, de hacer desaparecer el límite mínimo de edad del delito de estupro, cree llegar De Vicente Remesal a «una solución dogmáticamente correcta y político-criminalmente justa» (34), al poder calificar esta conducta como un concurso ideal entre un estupro doloso consumado y una violación imprudente.

Tras analizar las calificaciones propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*, deben señalarse los problemas dogmáticos que plantean: a) Calificación de *lege lata*: Tanto en relación al error invencible como al vencible, al margen de que entiendo que hay una calificación dogmáticamente correcta, como expondré más adelante, y que satisface las exigencias de equiparación de los injustos, ya han sido señalados los problemas penológicos que produce; b) La solución de *lege ferenda*: en cuanto al error invencible, desde los presupuestos que parten de relación de especialidad y no de exclusión formal, efectivamente consumaría las virtudes político-criminales que se niegan a la solución de *lege lata*. Sin embargo, no se puede afirmar lo mismo en los casos de error vencible sobre dicho elemento, y ello porque su calificación no es posible dogmáticamente. La aplicación de un concurso ideal entre un delito de estupro doloso consumado y un delito de violación imprudente no es viable, ya que para llegar a la misma se ha incurrido en un «*bis in idem*», esto es, se ha utilizado un único hecho —el acceso carnal— para realizar una doble imputación: se utiliza ese acceso carnal para constituir el elemento objetivo del estupro consumado, e imputarlo dolosamente y, además, se vuelve a recurrir al mismo para imputar la violación como imprudente (35). Lo cual supone obviamente una infracción del art. 25.1 de la Constitución.

2. Tesis de Gimbernat (36)

RESOLUCION DEL CASO 1), (error invencible sobre la minoría de doce años cumplidos): Desde los presupuestos delineados por Gim-

(33) VICENTE REMESAL: «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 89.

(34) «Violación-estupro...» *op. cit.* p. 119.

(35) En ese sentido *vid.* GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p... nota 19.

(36) Para evitar confusiones he de señalar que Gimbernat, como he venido repitiendo, ha planteado los problemas de resolución de error sobre elementos que agravian la pena en el caso del elemento parentesco en las relaciones parricidio-homicidio. Sus conclusiones son perfectamente encajables en el supuesto que nos ocupa en tanto que, para dicho autor, la relación que media entre parricidio y homicidio son de exclusión formal. Por ello la mención que se hace a la supuesta resolución que daría a los casos de error sobre el elemento doce años en la relación violación-estupro, también de exclusión

bernat, tanto en la situación actual, como con la nueva propuesta, la única calificación posible sería la de estupro consumado [homicidio consumado]. Conclusión a la que se llegaría, sin embargo, a partir de una argumentación bien diferente. Y ello porque el elemento esencial para ambos tipos lo constituye el acceso carnal prevalente [causación de muerte] y el agravatorio la condición de mujer menor de doce años en la violación [víctima madre]. Con lo que, si bien es cierto que desde la perspectiva meramente objetiva se ha producido una violación y no un estupro [un parricidio y no un homicidio], el efecto que tiene la aplicación del apartado primero del art. 6 bis a) es tratar los casos de error sobre un elemento que agrava la pena, «como si» dicha agravación no existiera. Por ello si dicha agravación no existiera objetivamente se debería aplicar el tipo residual de estupro [homicidio], y tal le sería imputado como doloso consumado.

Con ello las virtudes penológicas referidas se producirían ya de *lege lata*, equiparando el injusto entre el sujeto que, conociendo la mayoría de doce años del sujeto pasivo, efectivamente consuma dicho acceso carnal —estupro y por tanto prisión menor—, con el del sujeto activo que, a pesar de acceder carnalmente con un menor de doce años, sin embargo habiendo puesto todo el cuidado debido, que le hubiera permitido constatar la concurrencia de este elemento objetivo, no lo hubiera conseguido —violación con error invencible sobre el elemento menor de doce años—, que se re conduciría al estupro y por tanto también a la pena de prisión menor.

RESOLUCION DEL CASO 2), (error vencible sobre la minoría de edad de doce años): En este caso la calificación de Gimbernat sería la siguiente: el sujeto deberá responder por un concurso ideal —art. 71— entre estupro consumado y una violación imprudente [homicidio consumado y parricidio imprudente]. Pero al valorarse dos veces la conducta de acceder carnalmente con prevalencia [causación de muerte] —elemento que ha de estar presente en el tipo objetivo tanto en la calificación de estupro consumado, como en la de violación imprudente— se incurría en un «bis in idem», con lo que sólo podría subsistir la calificación más grave, esto es, el estupro consumado [homicidio consumado].

3. Solución propuesta

Para enfocar correctamente el problema he partido de los siguientes presupuestos: a) la relación normativa entre la violación y el estupro es de exclusión formal; b) el elemento «menor de doce años cumplidos» es uno que agrava la pena —de forma que serían elementos esenciales co-

formal, ha de entenderse como una calificación «mutatis mutandi». Así incluiré entre los símbolos [...] la solución de este autor para el caso de la relación parricidio-homicidio.

munes a ambos tipos, el acceso carnal prevalente; siendo el elemento agravatorio diferenciador del *quantum* del injusto, el límite de doce años del sujeto pasivo—; y c) el tratamiento del error invencible y vencible sobre un elemento que agrava la pena se recoge en el art. 6 bis a), primer párrafo, y su consecuencia es «excluir la agravación».

En ese sentido se llegaría a la misma conclusión, y con la misma argumentación que Gimbernat, en la resolución del supuesto de error invencible sobre los doce años.

Sin embargo, no comparto la misma conclusión en la resolución del supuesto del error vencible, puesto que, como argumentaré, la propuesta de Gimbernat, resulta incoherente con su punto de partida. En el caso de concurrencia del elemento esencial —y conocimiento de dicho elemento—, y concurrencia del elemento agravatorio, aunque con un error vencible sobre su presencia no acaba de entenderse la calificación simultánea de estupro consumado y violación imprudente (37). Pues, recordemoslo, si, al producirse el error vencible sobre un elemento agravatorio, se aplica el párrafo segundo del art. 6 bis a), ello no determina la punición «como si la agravación no existieran, sino que obliga a castigar como imprudencia. Ante tal posibilidad, si se admite su versión culposa, estaríamos como mucho ante una violación imprudente (38). No obstante, no alcanzo a ver a través de qué posible argumentación puede hacer resurgir este autor en su calificación el estupro doloso consumado, ya que ni objetivamente se ha dado el mismo —el sujeto pasivo era en cualquier caso menor de doce años cumplidos, y por lo tanto lo concurrente es el elemento objetivo del tipo de violación—, ni subjetivamente, desde el tratamiento de la incongruencia entre el elemento objetivo y el dolo del sujeto se puede construir la ficción —sólo aplicable al amparo del párrafo primero del art. 6 bis a)— de que se trate el supuesto «como si» la agravante no existiera.

Sin embargo, si el párrafo que entiende aplicable Gimbernat es el primero, entonces el trato dispensable a este supuesto debería ser, al igual que en el supuesto 1), exclusivamente el de estupro consumado pues, aún no dándose objetivamente el mismo, su aplicación se produce a partir de la regla que contiene el art. 6 bis a), primero. Lo que no se alcanza a ver en este caso es la argumentación de este autor para aplicar la calificación de la violación imprudente, pues dicho título de imputación sólo sería posible a partir del tratamiento de la minoría de edad de doce años, no como elemento que agrava la pena, sino como elemento esen-

(37) Esto al margen, por supuesto, del problema de «bis in idem» que se plantea, tal como reconoce el propio autor.

(38) Solución, la de tipo agravatorio imprudente, que sin embargo dicho autor reserva únicamente para los casos de errores vencibles tanto sobre el elemento esencial como sobre el de agravación. GIMBERNAT ORDEIG: «Concurso...» *op. cit.* p.... nota... en su «quinta y última variante».

cial de la infracción penal, lo que obviamente de acuerdo con su punto de partida no lo sería.

Así pues, o la calificación es la de estupro consumado, si lo aplicable es el párrafo primero, o es la de violación imprudente, si lo es el segundo. Pero lo que nunca podría producirse es la aplicación en concurso ideal de ambas calificaciones, a solventar por el contenido del principio «*non bis in idem*». El equívoco, a mi parecer, se produce porque finalmente lo que realiza Gimbernat es una aplicación simultánea de ambos párrafos del art.6 bis a), y una caracterización alternativa de dicho elemento como «agravante de la pena» y como «integrante de la infracción penal». Con la aplicación del párrafo primero y la conceptuación como elemento agravatorio llega a la conclusión del estupro consumado, y con la conceptuación como elemento integrante de la infracción penal a la de violación imprudente. En realidad el problema es previo, esto es, saber si el elemento «menor de doce años cumplidos» en el delito de violación es un elemento integrante de la infracción penal o de agravación, y si el tratamiento dispensado al error vencible sobre este tipo de elementos que agraven la pena pertenece al ámbito de aplicación del párrafo primero o segundo.

Sin embargo desde la perspectiva que mantengo, aún llegando al mismo resultado que Gimbernat, se confirma la calificación única, para el supuesto de error vencible que nos ocupa, de estupro consumado, sin tener que acudir al principio del «*non bis in idem*». Y ello porque a los supuestos de error vencible sobre circunstancias que agravan la pena se aplica el párrafo primero del art.6 bis a) y por tanto a dicho error alcanza el tratamiento *como si la agravación no existiera*.

Con ello desaparecen las disfunciones penológicas y de trato más favorable para injustos comparativamente más graves, ya que ante la concurrencia y conocimiento de los elementos esenciales integrantes de la infracción penal y de los que la agravan en la violación, la pena sería de reclusión menor; en el caso de error vencible o invencible sobre la concurrencia objetiva de los elementos agravatorios, la pena se equipara a la de inexistencia de la concurrencia objetiva de los mismos, esto es, se aplica la de prisión menor, al igual que en el estupro de prevalimiento.

La teoría de la adecuación social en Welzel (*)

MANUEL CANCIO MELIÁ

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: Introducción.—1. La formulación de la idea de adecuación social en Welzel.

a) Concepción original. b) Desarrollo posterior del concepto en Welzel. c) Constelaciones de casos. d) Recepción. 2. Adecuación social e imputación objetiva: ¿la adecuación social como «segundo pilar» en la teoría de Welzel?—1. ¿Concepto normativo o mero tópico? La adecuación social en el tipo. 2. Digresión: ¿La adecuación social como causa de justificación? 3. Adecuación social y lado subjetivo del delito. a) ¿Tiene «sentido» sólo el hecho doloso? b) ¿Adecuación social igual a deber objetivo de cuidado? 4. Teoría de la acción y adecuación social. a) ¿Dos pretensiones incompatibles? b) Salto en el tiempo. 5. La adecuación social como precursora de la normativización del tipo objetivo.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo no es el de retomar la discusión sobre la adecuación social, ni siquiera el de hacer un balance de la influencia que este concepto pudo haber tenido en la evolución de la teoría del delito. Lo que se pretende es exponer algunas consideraciones sobre el significado de la adecuación social dentro de la concepción inicial de Wel-

(*) El presente trabajo tiene su origen en una ponencia presentada por el autor en diciembre de 1992 en el seminario del Prof. Günther Jakobs (Universidad de Bonn), durante una estancia de investigación realizada con ayuda de una beca del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD). No pudo tenerse en cuenta para su elaboración el reciente estudio de ROLDÁN BARBERO (*Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba 1992), que dedica un amplio examen a los temas a tratar aquí, por estar el presente trabajo ya en la imprenta al tener conocimiento de su existencia.

zel acerca del conjunto de la teoría del delito, esto es, se trata fundamentalmente de reflexiones de índole histórica, cuyo interés puede residir en dos puntos: por un lado, en que la corriente dogmática fundada por Welzel, el finalismo, determinaría en una importante medida la evolución de la dogmática jurídico-penal, tanto en Alemania como en nuestro país, y, por otro y sobre todo, en que actualmente se está produciendo un desarrollo dogmático que bajo el rótulo de «imputación objetiva» vuelve a colocar en el tipo objetivo determinados contenidos que Welzel anticipó en su teoría de la adecuación social.

En primer lugar se expone el punto de partida de Welzel [I.1.a)], se apunta brevemente su posterior evolución [I.1.b)] y se presentan los casos concretos que pretendía resolver [I.1.c)]. A continuación, se formula la cuestión que nos interesa, esto es, el posible alcance del planteamiento de Welzel dentro de su concepción, a través del prisma del estado de evolución actual de la teoría de la imputación objetiva [I.2.]. Para intentar dar respuesta a la cuestión planteada, en primer lugar se intenta averiguar si la adecuación social en Welzel no resulta ser más que un mero tópico sin mayor relevancia teórica [II.1.]; se constata que ello no es así, sino que Welzel le atribuye una función sistemática en el tipo objetivo. A continuación [II.2.] se recuerda la excursión de la adecuación social a la antijuridicidad. Después [II.3.] se analiza su relación con el hecho doloso y su metamorfosis en la imprudencia. Finalmente [II.4.] se intenta conectar brevemente la adecuación social con la teoría de la acción de Welzel y [II.5.] se responde a la cuestión planteada afirmando el carácter precursor de la formulación original de la adecuación social respecto de actuales evoluciones dogmáticas en el tipo objetivo.

I

1. La formulación de la idea de adecuación social en Welzel

a) *Concepción original*

Welzel se refiere por primera vez a la teoría de la «adecuación social» en su trabajo «Studien zum System des Strafrechts» (1). La tesis central que Welzel mantiene bajo esta denominación consiste en afirmar que «quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido» (2). Welzel propone llamar («sintéticamente») a estas acciones «socialmente adecuadas»; la adecuación social es el «significado social» de un com-

(1) ZStW 58 (1939), p. 491 y ss. (= *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975, p. 120 y ss.).

(2) *Op. cit.* p. 516.

portamiento de no estar prohibido; por ello, este comportamiento tampoco puede constituir un injusto penal; éste, según Welzel, sólo comienza una vez traspasada la adecuación social.

Al desarrollar el concepto que nos ocupa, Welzel parte de dos consideraciones de carácter fundamental:

Por un lado, su argumentación se inscribe en el marco de la crítica que formula frente a la concepción «naturalista-causal» de la acción y del bien jurídico (3). En opinión de Welzel, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente no era más que «una pequeña cuestión puntual», se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito (4). El problema causal «...ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva...» (5). La teoría de la lesión del bien jurídico (6), emparentada con «el dogma causal» (7), según la cual «el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones», de modo que «es sólo el delito el que hace sufrir lesiones» (8) al bien jurídico, había hecho posible, siempre según Welzel, que el delito pudiese concebirse como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituye una interpretación errónea de la «realidad social del Dere-

(3) Sin que aquí sea preciso desentrañar hasta qué punto su crítica se dirige hacia el causalismo y en qué medida se refiere a la corriente neokantiana en la dogmática penal de la época. Basta constatar que tampoco esta dirección dogmática había llegado, más allá del hallazgo de los «elementos normativos del tipo», a ubicar una categoría normativa general en el tipo. Así, por ejemplo, lo sostiene SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en: Schünemann [comp.], *Grundfragen des modernen Strafrechtsystems*, Berlin 1984, p. 24 y ss., 32 nota 68. (Traducción castellana de SILVA SÁNCHEZ, en: *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, Madrid 1991). Cfr. también, por ejemplo, las amplias exposiciones de la evolución doctrinal antes de Welzel realizadas por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, p. 17 y ss. (hay trad. castellana de SANPINETTI [*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*], Buenos Aires 1990) y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 48 y ss.; según estos autores (respectivamente, p. 58 y 55 y ss., ambos con referencias a otras obras [de filosofía jurídica] de Welzel), la crítica de Welzel se refiere también a la filosofía valorativa neokantiana.

(4) WELZEL, *op. cit.* p. 492.

(5) *Ibídem*.

(6) Aun después de la reformulación que WELZEL pretende realizar, *op. cit.* p. 514; sobre el concepto de bien jurídico en Welzel, cfr., por ejemplo, AMELUNG, *Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit*, en: Jung et al. (comp.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden 1991, p. 274 y ss., con referencias.

(7) *Op. cit.* p. 509.

(8) *Ibídem*.

cho», en la que sólo hay bienes jurídicos en la medida en que «desempeñan una “función”» (9). Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; sólo una concepción de la realidad como «mundo museal muerto» puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según Welzel, porque el «mundo del Derecho» es un «mundo del sentido, del significado» (10); y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere «los elementos del tipo... al... conjunto de la sociedad» (11).

Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según Welzel, «tipificaciones de comportamientos antijurídicos» (12); por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que *hace posible* que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena (13). Por lo tanto, la referencia a la sociedad que Welzel persigue y que la adecuación social posibilita, se produce en el marco de la teoría del delito en el nivel del tipo.

b) *Desarrollo posterior del concepto en Welzel*

Ya el encabezamiento del punto anterior indica que no existe *una sola* teoría de la adecuación social; de hecho ni siquiera puede hablarse de *una única* teoría de Welzel de la adecuación social. En efecto, el carácter «tornasolado» (14) de este concepto seguramente hay que reconducirlo, aparte de que sea problemática la materia a la que se refiere, a los múltiples cambios de opinión de Welzel en este campo. Las distintas modificaciones operadas en el ámbito de la adecuación social están relacio-

(9) *Op. cit.* p. 514 y s.

(10) *Op. cit.* p. 530.

(11) *Ibídem*.

(12) *Op. cit.* p. 527; *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 2.^a ed., Berlin 1943, p. 42: «el tipo [es] tipificación del injusto jurídico-penal», «el tipo es el injusto jurídico-penal, descrito con base en elementos típicos».

(13) *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940), p. 34 y s.; 2.^a ed. (1943), p. 42.

(14) Esta denominación parece ser acertada, ya que es frecuentemente utilizada: ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Berlin 1969, p. 13; ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, en: *Festschrift für Ulrich Klug t. I*, Köln 1983, p. 303; HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., n.m. 29 previo al § 32; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, p. 113; WOLSKI, *Soziale Adäquanz*, Berlin 1990, p. 119.

nadas con otras remodelaciones más amplias en el pensamiento de Welzel. Dada la imposibilidad de reproducir aquí toda la evolución de su sistema, sólo me referiré de modo incidental a las razones dogmáticas concretas que impulsaron a Welzel a llevar a cabo los distintos cambios en la adecuación social. Sigue un breve esquema de la evolución de Welzel respecto de la adecuación social; en todo caso, cabe resaltar que ésta está al menos presente desde los «Estudios» hasta la última edición de su manual, en 1969.

En un primer momento, por tanto, la teoría de la adecuación social se correspondía con el esquema expuesto en el punto anterior. En una *segunda fase* (15), sin embargo, Welzel modificó su concepción en el sentido de considerar a la adecuación social como una *causa de justificación consuetudinaria* (16). Más tarde, él mismo (17) recondujo este cambio de posición a haber tomado en consideración la regla de antijuridicidad del § 240 StGB (*), que —concebida como «caso de aplicación de Derecho positivo de la idea de adecuación social» (18)— aconsejaba esta modificación. Por otro lado, el traslado de la adecuación social también se relaciona con los cambios introducidos en su concepto original de tipo: se sostiene que fue su teoría de los «tipos abiertos» la que le obligó a abandonar la postura según la cual la adecuación social pertenecía a la tipicidad (19). En una *tercera fase*, Welzel finalmente volvió a colocar a la adecuación social de nuevo en el ámbito del tipo. Volvió a afirmar, por ejemplo, que los comportamientos socialmente adecuados no constituyen en ningún caso homicidios, lesiones, detenciones ilegales (20). Sin embargo, a pesar de que vuelve a la ubicación

(15) De la 4.^a a la 8.^a edición de su manual *Das Deutsche Strafrecht*, respectivamente, Berlin 1954 y 1963 (traducción castellana de la 11.^a edición [1969] por BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ, Santiago de Chile 1976).

(16) Por ejemplo, en: *Das Deutsche Strafrecht*, 8.^a edición (1967), p. 76.

(17) Confirmando la opinión de HIRSCH (expresada en ZStW 74, cfr. nota 18), *Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft* (1964), en: *Abhandlungen*, p. 351, nota 21; *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición (1969), p. 57.

(*) El § 240 del StGB tipifica el delito de coacciones:

«(1) Quien coaccione a otro de modo antijurídico, por la fuerza o amenazándole con un mal grave, a realizar, tolerar u omitir una acción...»

(2) El hecho es antijurídico si la utilización de la fuerza o la amenaza del mal en orden a alcanzar el fin perseguido debe considerarse reprobable.»

(18) HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW 74 (1962) p. 79.

(19) En este sentido, FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli 1966, p. 204; ROXIN FS Klug p. 306; El mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 1992, § 10 IV n.m. 34; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955) p. 22; SCHAFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 72 (1960), p. 372; CORCOV BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989, p. 298.

(20) *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona 1964 (trad. de CEREZO MIR de la cuarta edición alemana de *Das neue Bild des Strafrechtssystems* [1961]), incorporando algunas modificaciones, entre ellas también el paso de la segunda a la tercera fase en materia de adecuación social), p. 54 y s.; *Das Deutsche Strafrecht*, 10.^a ed. (1967), p. 54; 11.^a ed. (1969), p. 57.

en el tipo, el *status* de la adecuación social —como se verá más tarde— es distinto al que ocupaba en la formulación original. De momento, cabe constatar que ya no aparece la referencia al «valor ético-social» de la acción en este contexto (21): Welzel ya no afirma —como sí lo hacía en la formulación original— que la adecuación social sea la «interpretación del sentido» (22) de los tipos, ya no sostiene que sólo con la adecuación social se entra en «el ámbito del tipo, ...en las regiones del injusto tipificado» (23). En esta tercera fase, la adecuación social es «la falsilla de los tipos jurídico-penales: es el estado «normal» de libertad de actuación social que se encuentra en la base de los tipos y que éstos presuponen (tácitamente)» (24), queda reducida a un «principio general en materia de interpretación» (25).

c) *Constelaciones de casos*

Como expresión de la importancia cambiante que adscribía a la adecuación social, Welzel modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la misma. En este sentido, afirma a lo largo de su obra que podían resolverse los siguientes casos a través de esta categoría: el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan en algunas regiones de Alemania a los carteros en la época de Navidad; el «riesgo permitido» en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas, etc. (26). A lo largo de la evolución de Welzel puede constatarse, por un lado, que el número de los casos va disminuyendo en la segunda y tercera fase respecto de la primera, y, por otro, que el centro de gravedad va trasladándose paralelamente de los comportamientos dolosos a los imprudentes en la segunda y tercera fase (27).

En el momento actual, estos casos deberían ser ubicados en muy diversas posiciones dentro de la teoría del delito: falta del riesgo prohibido, ge-

(21) En este sentido, PETERS, *Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip*, en: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin 1974, p. 420.

(22) Así aún en: *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. 1940, p. 33; 2.^a ed. 1943, p. 40.

(23) Como así lo hace en ZStW 58 (1939), p. 529.

(24) *El nuevo sistema...*, p. 55 y s.; *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición (1969), p. 57.

(25) *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición (1969), p. 58. *Vid.* también *infra* II.1, especialmente nota 64.

(26) *Vid.* los casos recogidos por HIRSCH en ZStW 74 (1962), p. 87 y ss.

(27) Esta disminución de los supuestos dolosos también es observada por SCHAFFSTEIN ZStW 72 (1960), p. 372 y s.

neración de un riesgo vital normal, falta de dominio del hecho, falta de adecuación en delitos de peligro abstracto, autolesión, actuar a propio riesgo... Si sólo se tienen en consideración los supuestos aducidos por Welzel como casos de aplicación, queda justificado, desde luego, que se hable del «eslogan de la adecuación social», empleado de un modo global, en vez de realizar las diferenciaciones pertinentes (28). Sin embargo, Welzel no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la planteó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados) (29). Aquí nos interesa lo primero, esto es, el alcance teórico de su propuesta (30).

d) *Recepción*

La propuesta de Welzel desencadenó una fuerte discusión, que ha contribuido de manera decisiva a que adquiriese su carácter camaleónico: ha sido ubicada en casi todas las posiciones posibles en la estructura del delito (31); la discusión sobre ella sólo últimamente ha ido decayendo, siendo abandonada por la mayor parte de la doctrina.

(28) En este sentido, por ejemplo, HIRSCH *LK* 10.^a ed. n.m. 29 previo al § 32; FRISCH, *Tatbestandsmaßiges Verhalten*, p. 113.

(29) En sentido similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, p. 145.

(30) El hecho de que Welzel en sus «Estudios» pretenda sentar las bases de un nuevo sistema dogmático, y por ello su exposición no se refiera en primera línea a la resolución de determinados casos concretos, no justifica la opinión de que sus argumentos persiguen «legitimar metadogmáticamente» un determinado «sustrato social» (el trabajo de Welzel se publicó en 1939). En este sentido se manifiesta, sin embargo, FROMMEL (*Welzels finale Handlungslehre (eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht-oder die Legende von der «Überwindung des Wertneutralismus» im Strafrecht)*, en: Udo Reifner/B.-R. Sonnen [comp.], *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, p. 87 [hay traducción castellana de MUÑOZ CONDE en ADPCP 1989 p. 621 y ss.]). Sin entrar a discutir en profundidad la postura de FROMMEL, parece difícil estar de acuerdo en que los «Estudios» carezcan de toda intención dogmática (p. 87), y no es acertado ni negarle valor científico a su trabajo ni colocarlo en el ámbito de influencia del «Derecho penal de la voluntad» nazi (p. 90) (¡la adecuación social precisamente sostiene que no basta la «mala» voluntad!). En contra de esta interpretación también JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin 1988, p. 189 nota 55 (traducción castellana de la 3.^a edición alemana y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona 1981). Respecto de la interpretación en clave exclusivamente subjetiva de la propuesta original de Welzel, cfr. *infra* II.3.

(31) Algunos autores recogieron la propuesta de Welzel en la «segunda fase» de construir la adecuación social como *causa de justificación*; cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., Tübingen 1975, p. 298 y s. (partiendo de su peculiar definición del tipo); OTTO (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.^a ed., Berlin New York 1988, p. 77 y s.) sostiene sobre la base de sus sistema bipartito del delito que es

En este trabajo, sin embargo, lo que interesa es la concepción de Welzel acerca de la adecuación social, y ello sobre todo en lo que se refiere al papel de ésta en el desarrollo de su teoría. Por consiguiente, al hacerse referencia en lo que sigue a la discusión que tuvo lugar después de que Welzel presentase su propuesta, ello sucede sólo en orden a analizar su concepción, y no para ocuparse de la discusión y desarrollo de la adecuación social en la bibliografía posterior.

2. Adecuación social e imputación objetiva: ¿la adecuación social como «segundo pilar» en la teoría de Welzel?

Después de la representación esquemática que se ha hecho más arriba de la teoría de la adecuación social en Welzel, el observador que ten-

equivalente la exclusión del tipo a la exclusión de la antijuridicidad; KLUG (*Sozialkongruenz und Sozialadäquanz*, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 2.^a ed. [reimpresión de la 1.^a ed. 1961], Göttingen 1971, p. 249 y ss., 262) distingue entre la «congruencia social», que excluiría el tipo, y la «adecuación social» como causa de justificación.

En algún caso, incluso se ha defendido la calificación como *causa de exculpación* (ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 77 y ss.).

La mayoría de la doctrina se pronuncia por un uso restringido como *instrumento hermenéutico* de la adecuación social, aproximándose, por tanto, a la «tercera fase» en Welzel, o la rechazan por ser demasiado inconcreta. Sin embargo, tampoco aquellos autores que quieren hacer uso de ella en materia de interpretación le atribuyen un significado sistemático de carácter general; cfr. en la bibliografía jurídico-civil WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, Karlsruhe 1960, p. 56 con referencias; HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 132; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, Madrid 1977, p. 263 y ss.; JAKOBS, *Regréßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begelzung*, ZStW 89 (1977), p. 5, y *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin 1991, 24/14; ESER, *Strafrecht II*, 3.^a ed., München 1980, 24 A 3, 27 A 7 y ss.; JESCHECK AT p. 238; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, LH Antón Oneca, Salamanca 1982, p. 121 y ss., 130 y ss.; ROXIN FS Klug p. 313 y AT I § 10 IV n.m.37; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal Parte General*, Madrid 1984, p. 165; BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2.^a ed., Buenos Aires 1986, p. 46 y s. y *Principios de Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Madrid 1990, p. 138 y s.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., Bielefeld 1985, p. 181; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 301 y ss.; Schönlé/Schröder-LENCKNER, *SIGB*, 24.^a ed. (1991) n.m.70 previo a los §§ 13 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 151.

Finalmente, algunos autores vinculan la problemática de la adecuación social al *riesgo permitido*: cfr. por todos ENGISCH, *Der Unrechtabestand im Strafrecht*, en: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, t.I., Karlsruhe 1960, p. 417 y s. (refiriéndose expresamente a la concepción original de Welzel respecto del tipo); JAKOBS, *Das Falrlässigkeitsdelikt*, Beiheft zur ZStW 86 (1974), p. 13; EL MISMO ZStW 89 (1977) p. 4 y s.; EL MISMO AT 7/4b; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3.^a ed., Barcelona 1990, pp. 246, 569 y s., esp. nota 41; BACIGALUPO, *Principios*, p. 138 y s.

ga en la cabeza la imagen habitual del finalismo posiblemente se vea invadido por una sensación de extrañeza. En la propuesta esbozada «aún no se habla... de estructuras inamovibles del ser, de "verdades eternas"» (32), no aparecen en ningún momento estructuras «lógico-objetivas» ni «pre-jurídicas». Por el contrario, Welzel se refiere a la «realidad social significativa», al «riesgo permitido», a la «interpretación de sentido del tipo».

Por supuesto que en la exposición inicial se ha seleccionado aquello que puede llamar la atención. Y es aquí en donde puede radicar el interés del tema; dicho brevemente: puede discutirse acerca de si la teoría de Welzel no sólo «desnaturalizó» el tipo penal en lo que se refiere a la dirección del comportamiento (en el sentido de que no sólo aparecen en él personas que causan lesiones de bienes jurídicos por un acto voluntario cualquiera, sino seres humanos que dirigen su comportamiento [que «actúan finalmente»]), sino que también reconoció, a través de su propuesta de la adecuación social, que es preciso tener en cuenta los esquemas *sociales* de interpretación para que exista injusto. Y es partiendo de este interés que aquí se pretende iluminar el concepto de adecuación social desde distintas perspectivas. Esto no es del todo sencillo, como habrá podido observarse con base en el esquema anterior de la teoría y en la diversidad de los ejemplos enunciados, por varias razones: por un lado, Welzel siempre expuso su postura en este ámbito de manera muy sintética y cambió de opinión en varias ocasiones. Por otra parte, sus diversos puntos de vista se generaron con ocasión de la discusión mantenida con opiniones y en el contexto de cuestiones distintas; por ello, la exposición que sigue necesariamente será incompleta. Esto, sin embargo, no significa que se pretenda recomponer de modo arbitrario la teoría de Welzel con ayuda de distintos fragmentos para llegar a la conclusión, por ejemplo, de que en realidad fue Welzel quien ya en los años treinta formuló la moderna teoría de la imputación objetiva. Por el contrario, lo que se persigue es investigar qué hay de válido en la concepción de Welzel, sobre todo en su *formulación original*. Para ello deberá tenerse en cuenta, desde un principio, que no conviene asirse al tenor literal del término «adecuación social», ya que sólo se trata de una denominación «sintética» (33) que puede implicar un proyecto dogmático de mayor alcance.

Como es sabido, es la llamada teoría de la imputación objetiva la que pretende abarcar en el momento actual aquellos casos en los que «los elementos de la imputación petrificados» en la dogmática tradicional, es decir, la causalidad y la evitabilidad (dolo e imprudencia),

(32) Así ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962) (=Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, p. 72 y ss.; traducción castellana y notas de LUZÓN PEÑA en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid 1976, p. 84 y ss.) p. 534, refiriéndose a los «Estudios» de Welzel desde un punto de vista más general.

(33) WELZEL ZStW 58 (1939), p. 516; cfr. a este respecto *infra* II.1.

«conducen a soluciones que necesitan de corrección» (34). Cabe constatar en este sentido que la imputación objetiva pasa en cierto sector doctrinal por un proceso en el que incluso va desligándose de la problemática del resultado para convertirse en una categoría general del tipo (35). Sin embargo, algunos de los más significados representantes del finalismo rechazan esta teoría de plano, sosteniendo que la imputación objetiva trata en realidad problemas pertenecientes al tipo subjetivo o abarca cuestiones puntuales de algunos tipos que deben resolverse a través de una «corrección de los tipos» a ubicar en la Parte Especial (36). También el fundador de la teoría final de la acción, Welzel, resuelve en la última edición de su manual uno de los ejemplos que hoy suelen ubicarse en el marco de la teoría de la imputación objetiva, en el que alguien «manda a otro a pasear por el bosque en el momento en el que está por comenzar la tormenta, con la esperanza de que un rayo le cause la muerte» (37) afirmando que *no hay dolo*, puesto que el autor no tiene voluntad de matar. Sin embargo, precisamente Welzel solucionó este mismo caso de otra manera, totalmente opuesta, en los «Estudios»: «*Este ejemplo no tiene nada que ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos llamado adecuación social*» (38).

(34) JAKOBS ZStW 89 (1977) p. 3; cfr. respecto de la teoría de la imputación objetiva, por todos, MIR PUIG PG p. 245 y ss. y ROXIN AT § 11, ambos con referencias.

(35) En este sentido, por ejemplo, las concepciones desarrolladas por JAKOBS AT 7/1 y ss., especialmente 7/4 a y s., 7/35 y ss.; 7/51 y s. (principio de confianza); AT 7/56 y ZStW 89 (1977) p. 34 y s. (posición de garante en los delitos de comisión); ZStW 89 (1977) p. 17 y ss., 26 y s. y AT 21/14 y ss. (prohibición de regreso); FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, *passim* (resaltando terminológicamente el «comportamiento típico», p. 67 y s.); REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, ADPCP 1992 p. 933 y ss. (= *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, ZStW 105 [1993] p. 108 y ss.); a favor de la extensión también MIR PUIG PG p. 249 y s.; la opinión actualmente dominante, sin embargo, limita la imputación objetiva como categoría de la Parte General a los delitos con imputación de un resultado, cfr. por todos ROXIN AT § 11 n.m. 1.

(36) Cfr. en este sentido, por todos, respecto del delito doloso, ARMIN KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, en *Festschrift für H. -H. Jescheck* t.I, Berlin 1985, pp. 269, 271 y *passim* (traducción castellana de CUELLO CONTRERAS [*Atribución objetiva en el delito doloso?*] en ADPCP 1985 p. 807 y ss.); en el ámbito del delito imprudente, STRUENSEE (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, GA 1987 p. 97 y ss. [= CPC 1991 p. 449 y ss.]) considera que las cuestiones tratadas por la imputación objetiva han de resolverse en el ámbito del tipo subjetivo del delito imprudente; cfr. también la exposición crítica de KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y ss. y la toma de postura de HIRSCH en contra de la aplicación del criterio del «riesgo permitido» en los delitos dolosos, y, de modo general, contra el valor sistemático de este instituto de la imputación objetiva (LK, 10.^a ed., n.m. 32 previo al § 32, con ulteriores referencias).

(37) *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 66.

(38) ZStW 58 (1939) p. 517 (sin subrayado en el original), tratándose en esta versión original del ejemplo de un avaricioso sobrino que convence a su tío para que efectúe un viaje en ferrocarril; puesto que en ninguno de los dos casos se supera el nivel del riesgo «permitido» o «socialmente adecuado», son equivalentes a este respecto.

Por lo tanto, la cuestión que aquí nos interesa puede formularse de otro modo preguntándonos si la teoría de Welzel de la adecuación social realizó los «trabajos preparatorios» (39) para la normativización del tipo objetivo que se ha producido a través de la imputación objetiva (40), con lo que la adecuación social constituiría un verdadero «segundo pilar de apoyo» (41) (junto a la finalidad de la acción) de su concepción original, o si, por el contrario, se trata de una solución improvisada con la que Welzel, ocupado en desarrollar el concepto personal de injusto, pretendía dejar de lado la problemática hoy abarcada por la imputación objetiva (42).

«Especialmente los institutos del riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso son explicaciones de la adecuación social» (43). Según el sector doctrinal antes aludido, partidario de «globalizar» la imputación objetiva, y dicho de modo sintético, existen dos grandes campos en la imputación objetiva: la determinación de la tipicidad objetiva del *comportamiento* y la determinación de la tipicidad objetiva del *resultado*. Las instituciones mencionadas son las que según esta postura integran materialmente el primer nivel de la imputación objetiva. En este sentido, el *riesgo permitido* es la determinación descontextualizada (por sectores) de los ámbitos de libertad de los ciudadanos, mientras que las otras instituciones (prohibición de regreso, principio de confianza, posición de garantía) sirven a la realización del juicio de imputación introduciendo un mayor contexto en la definición del comportamiento. Sin pretender entrar en la discusión acerca de la teoría de la imputación objetiva, este planteamiento puede ser un punto de partida fructífero para verificar si las categorías discutidas en la actualidad son compatibles con la «adecuación social» en la propuesta original de Welzel, están emparentadas con ella o incluso son, de algún modo, sus descendientes. Para ello puede ser útil hacer referencia al actual instituto del riesgo permitido, que a causa de su carácter más genérico es quizás la categoría que más cerca esté de la idea original de la adecuación social.

(39) En este sentido JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg, Heft 10, München 1992, p. 29.

(40) JAKOBS, *op. cit.* p. 12.

(41) La expresión es de REYES, ADPCP 1992 p. 947 = ZStW 105 (1993) p. 114 y s.

(42) En este sentido se expresan, por ejemplo, HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 133 y ROXIN FS Klug p. 311.

(43) JAKOBS, AT 7/4b.

En el marco de la teoría del tipo objetivo, esto es, al fijar «el lado externo del injusto» (44), existen, por lo tanto, determinadas «cuádulas objetivas generales de un comportamiento imputable» (45). La teoría de la imputación objetiva debe sistematizar esta parte de la imputación. Para ello, como se ha dicho, parte de dos ideas básicas: por un lado, entre otras cosas, el resultado sólo debe ser imputado cuando la acción generadora del peligro de que se realice el tipo sobrepase el *riesgo permitido* (46). Por otra parte, ese riesgo generado de modo no permitido debe realizarse en el resultado, al menos en la modalidad delictiva predominante que son los delitos de resultado (47).

La cuestión reside en saber —en la *primera* de las ideas básicas a las que antes se ha hecho referencia— cuándo y por qué un comportamiento o, en su caso, la generación de un riesgo están «permitidos». La respuesta de Jakobs es la siguiente: «[En el caso de este primer segmento]... de lo que se trata es de la finalidad del Derecho penal de garantizar la seguridad de expectativas» (48). Por lo tanto, se trata de la función del establecimiento de normas penales: la de garantizar la subsistencia de las normas que se consideran esenciales y se fijan en tipos penales. Esta valoración se *introduce* en el tipo penal: es el origen de la fijación de la norma, de la tipificación del injusto jurídico-penal. La determinación de aquel nivel de riesgo que se considera permitido por el Derecho penal puede ser llevada a cabo por el Estado de manera expresa, por ejemplo, fijando medidas de seguridad en determinadas actividades o estableciendo estándares técnicos; en otros casos, no existen normas expresas, sino que el carácter permitido del riesgo se ha generado históricamente, de manera que en el momento actual resulta evidente.

(44) Por ejemplo, JAKOBS AT 7/1.

(45) JAKOBS AT 7/4.

(46) Cfr. por todos RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 5.^a ed. (dic. 1992), n.m. 57 previo al § 1 y ROXIN AT § 11 n.m. 39 con las referencias allí recogidas.

(47) JAKOBS AT 7/4b.

(48) JAKOBS, *ibídem*, sin subrayado en el original.

No hay un grado fijo (inamovible desde el punto de vista histórico) de «peligro» a partir del cual el riesgo pase a no estar permitido: «Si un comportamiento, a pesar de dañar bienes, no defrauda, y *ello porque su aceptación se ha convertido en costumbre*, ello sólo es contradictorio si se parte de una visión “policial” de la seguridad de los bienes.» (49). Esto, sin embargo, no significa que esta modalidad de génesis del riesgo permitido conlleve que el juez, para comprobar si se ha realizado el tipo objetivo, deba llevar a cabo una encuesta popular, que la valoración social de un comportamiento como «estafa» deba coincidir con la de la Ley penal.

Resumiendo, por tanto, cabe decir que el tipo objetivo contiene, expresada en la categoría de lo imputable objetivamente, una determinación *normativa* del contenido del tipo que va más allá de la mera descripción de un determinado comportamiento o de un determinado resultado. Hay imputación ya en el tipo objetivo, imputación que va más allá de constatar que concurre un resultado exterior cualquiera que fue producido por un acto humano voluntario; debe concurrir, además, un comportamiento *prohibido* (en terminología de Welzel: por ser socialmente *inadecuado*). Un ejemplo: el automovilista que se comporta conforme a las reglas del tráfico y a pesar de ello se ve envuelto en un accidente en el que muere una persona no es que haya matado (en el sentido del tipo) «sin culpabilidad» o «sin dolo», sino que no ha matado en el sentido del tipo objetivo (50), ya que el tipo no prohíbe conducir conforme a las reglas del tráfico.

Si se compara esta breve exposición con el esquema antes realizado de la teoría de Welzel, la sensación de extrañeza a la que más arriba se ha hecho referencia consiste en que parecen constatarse muchas coinci-

(49) JAKOBS AT 7/37, sin subrayado en el original.

(50) «Para imputar un resultado al tipo no basta la causación de la lesión típica de bienes jurídicos; pero tampoco es preciso que para ello concurra un actuar fínal», ROXIN, *Finalität und objektive Zurechnung*, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, p. 239 (traducción castellana de CASAS BARQUERO en CPC 1990 p. 131 y ss.).

dencias. Sin embargo, si se desecha sin más el criterio de la adecuación social en favor del riesgo permitido (51), ello parece dar a entender que tales coincidencias en realidad no existen, que las consideraciones de Welzel iban en otra dirección. No puede negarse, sin embargo, que al menos externamente existe la sospecha de que haya parentesco entre el «riesgo permitido» actual y la adecuación social de Welzel en su primera fase. Por ello merece la pena entrar a considerar la cuestión antes planteada, esto es, el posible carácter precursor de la categoría de la adecuación social.

II

1. ¿Concepto normativo o mero tópico? La adecuación social en el tipo

En primer lugar, a la hora de valorar la teoría de la adecuación social, en realidad se trata de determinar si es una «teoría», o al menos el punto de partida de la fundamentación de una categoría válida. En efecto, se le niega esta consideración si se entiende el concepto «adecuación social» en Welzel como referido meramente a la aceptación social *fáctica* de determinadas formas de comportamiento, a la «normalidad» social en este sentido.

Parece que se ata a Welzel a la utilización de las expresiones «ético-social» (52) u «orden social “normal”» (53); de hecho, estos términos parecen indicar que sus consideraciones se refieren a la valoración social concreta de un comportamiento, referida al caso individual, como aparece, por ejemplo, en el «riesgo ponderado» de Binding (54) en el ámbito de los delitos imprudentes, y que probablemente también constituía la base de varias sentencias del Reichsgericht alemán (55): en casos ex-

(51) Así, por ejemplo, ROXIN (FS Klug, p. 311), respecto del caso del sobrino avaricioso que aficiona a su tío a los viajes en ferrocarril: «... no falta una acción de homicidio, como suponía Welzel entonces, por haberse comportado el sobrino de manera socialmente adecuada, *sino* porque un viaje en ferrocarril no constituye un riesgo jurídicamente relevante» (sin subrayado en el original).

(52) Así, por ejemplo, en: *Der allgemeine Teil...* 1.^a ed. 1940, p. 33; ZStW 58 (1939), p. 497.

(53) Por ejemplo, en *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. (1969), p. 56; *El nuevo sistema...*, p. 54.

(54) *Die Normen und ihre Übertretung* t. IV, Leipzig 1919, p. 440 y ss.

(55) Esto puede observarse con bastante claridad comparando la sentencia del RG en el caso del barquero del río Memel [en el que un barquero había intentado cruzar

cepcionales está permitido generar un determinado riesgo, dependiendo de cuáles sean las razones concretas por las que ello se haga, esto es, de cómo se valore socialmente el comportamiento concreto. «Sin embargo, cuanto más prescindible sea la acción, más disminuye el riesgo permitido a correr con ocasión de ella. Nunca puede justificarse que concurra tal riesgo permitido al llevarse a cabo... acciones completamente inútiles e innecesarias» (56); y lo que es «inútil» o «innecesario» no se tipifica, sino que queda «justificado» de caso a caso.

Parece claro que es imposible relacionar una adecuación social entendida de este modo con un elemento o una categoría normativa del tipo, esto es, con el tipo como injusto tipificado (57). Si, por lo tanto, puede vincularse *paris pro toto* a Welzel a esta interpretación del término «ético-social», sería completamente acertado descalificar su punto de partida respecto de la adecuación social como «eslogan sin un contenido claro» (58). Si esto fuese cierto, la concepción de Welzel sólo habría

a varias personas a través del helado Memel a petición de éstas, después de informarles de lo peligroso de su propósito, pereciendo los viajeros] (RGSt 57, 172) (absolución), con la sentencia en el caso de la motocicleta [en el que dos jóvenes habían realizado en varias ocasiones arriesgados recorridos en motocicleta; sufren un accidente en el que muere el copiloto] (RGStv. 11.6.25, recogida en Juristische Wochenschrift 25, p. 2250 y ss.) (condena). En el primer caso, se trataba del ejercicio de la profesión del acusado, «Aquí en cambio, una persona no autorizada se ha arrojado el derecho de conducir un vehículo de motor por pura ligereza... no cabe hablar de que concurra "consentimiento"» (p. 2252): no se argumenta con base en la *situación* de riesgo, sino en la *motivación* del riesgo. Lo que se produce es una valoración del motivo de la puesta en peligro, una valoración concreta de los móviles conforme a criterios sociales, que el juez efectúa *ex post*.

Lo que aquí nos interesa es que no se analiza si el comportamiento es abarcado objetivamente por el tipo (se parte de que esto es así, ya que concurre en ambos casos la lesión del bien jurídico), sino que los motivos de los sujetos que actúan se toman como único fundamento de la valoración concreta del hecho. Y en efecto, el considerar decisiva la «buena» o «mala» voluntad es un procedimiento propio de la valoración fáctico-social (así ROXIN, FS Klug, p. 311).

(56) BINDING, *op. cit.*, p. 442.

(57) Así, por ejemplo, la comprensión de GRAF ZU DOHNA de la adecuación social (que se manifiesta en la recensión de la primera edición de la parte general de Welzel [ZStW 60 (1941) p. 293]), en virtud de la cual afirma que el cazador furtivo realiza el tipo de la caza furtiva de modo prohibido, mientras que el titular del derecho de caza lo realiza conforme a derecho (mientras que la caza «en sí» es socialmente adecuada), sólo es posible con base en una concepción del tipo distinta de la del «injusto tipificado».

(58) ROXIN FS Klug p. 304; en este mismo sentido, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck t. I p. 268; HIRSCH LK 10.^a ed., n.m. 29 previo al § 32; similar también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina General y resolución legal)*, Madrid 1991, p. 123.

consistido en una referencia al sentir empírico de la sociedad, al «sentido común», no suponiendo, por tanto, un avance respecto de otras concepciones ya presentes en la bibliografía anterior.

Parece que es en este sentido en el que se entiende el concepto de adecuación social, por ejemplo, por parte de Hirsch; por ello es posible que hable —para criticar la concepción de Welzel— de riesgos socialmente *inadecuados* y *no prohibidos* (59): según Hirsch, ciertos riesgos no pueden compatibilizarse con el orden normal de la vida social y, a pesar de ello, no constituyen infracciones típicas del deber de cuidado, como, por ejemplo, la «puesta en peligro de la salud y de la vida de las meretrices empleadas en un burdel de un barrio portuario poco recomendable». Constata que no todo lo que es socialmente inadecuado en el sentido de «socialmente reprobado» cae bajo tipos penales, lo que a su modo de ver hace inviable la categoría de adecuación social como elemento de definición del injusto. Al entenderse el «eslogan» adecuación social de manera literal (60), no puede ir más allá del descubrimiento que la realización de los tipos penales no suele ser socialmente adecuada (=aceptada por la sociedad). Entonces, en efecto, no parece ser un punto de partida demasiado útil, ya que «la moderna teoría de la imputación posibilita... reglas mucho más precisas que el *recurso a la ética social*, que difícilmente puede dejar totalmente fuera de consideración la *motivación* de quien actúa...» (61). Si esta interpretación es correcta, la adecuación social no hace más que indicar «meramente el contenido de desvalor social del hecho que es consustancial al injusto y conforma su fundamento material» (62).

Si ésta hubiese sido de hecho la intención de Welzel al formular la adecuación social, habría dejado de advertir que la falta de aceptación social fáctica de determinados comportamientos de hecho constituye la base de los tipos penales, pero no tiene por qué coincidir necesariamente con ellos: entonces, la adecuación social de Welzel no podría ser un *elemento integrante* del tipo, a través del cual penetrarse el carácter social de las normas jurídico-penales, sino que se referiría al tipo en cuanto tipo de delito (63).

La consecuencia que deriva de esta interpretación de la postura de Welzel es considerar que su punto de partida en ningún

(59) ZStW 74 (1962) p. 95 y s., 134; en el mismo sentido de HIRSCH, CEREZO MIR, *El tipo de injusto de los delitos culposos*, ADPCP 1983 p. 482 nota 40.

(60) Y de procederse así, la adecuación social necesariamente consistirá en «*critérios valorativos extrajurídicos*» (así ZIPF, *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, ZStW 82 [1970] p. 637); esto mismo lo constata, para criticar la adecuación social, RODRÍGUEZ MOURULLO PG p. 265.

(61) ROXIN FS Klug p. 311, sin subrayado en el original.

(62) ROXIN AT I § 10 n.m. 37.

(63) ROXIN, *ibidem*, sin subrayado en el original; ZIPF, *ibidem*: *consecuentemente*, la adecuación social es entonces «...subsidiaria respecto de la regulación legal» (y no forma parte de esa regulación [por ejemplo, del tipo]).

momento tuvo una pretensión que fuese más allá de configurar un criterio general de interpretación, de utilidad en determinados casos problemáticos, o que la adecuación social directamente carece de interés por su vaguedad (64). Sin embargo, en este contexto no nos interesa determinar si la teoría de la adecuación social en el momento actual puede «pretender que se le asigne un especial significado dogmático» (65) o si la teoría moderna de la imputación dispone de instrumentos más precisos; esto seguramente es cierto. Lo que debemos cuestionar es si el punto de partida de Welzel era tan vago como para consistir en afirmar que lo que es socialmente adecuado (en el sentido de socialmente aceptado) suele ser socialmente adecuado (en el sentido de no prohibido).

¿Se limitó entonces Welzel a resaltar la obviedad de que «al averiguar la voluntad de la Ley es preciso tomar en consideración también la realidad de la vida» (66)? La referencia al «orden ético-social» (67) y también a la «normalidad» social (68) o a la adecuación social como principio inmanente de la creación del Derecho (69), sobre todo la di-

(64) Cfr. entre otros, con diferenciaciones (criterio de interpretación, concepto incompatible con la seguridad jurídica o completamente irrelevante): HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 132; RODRÍGUEZ MOURULLO PG p. 263 y ss.; JESCHECK AT p. 238; ROXIN FS Klug p. 313 y AT I § 10 IV n.m. 37; GÓMEZ BENÍTEZ PG p. 165; ARMIN KAUFMANN FS Jescheck, p. 271; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...*, p. 151 y las referencias ulteriores supra en la nota 31.

Welzel mismo considera más tarde, como se ha visto, (en la «tercera fase») la adecuación social un «principio general de interpretación» (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969], p. 58), «un principio de interpretación dentro del tipo» (*Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, en: *Abhandlungen* [1975], p. 351 nota 21, subrayado en el original). En los trabajos de la «primera fase», ésto no se afirma: aunque Welzel habla de la «interpretación de sentido del tipo» (por ejemplo, en *Der allgemeine Teil...*, 2.^a ed. [1943] p. 40), no lo hace en el sentido de un criterio externo al tipo, como botón de muestra: «sólo las acciones que *sobrepasan* la adecuación social...» entran en el injusto (*op. cit.* p. 42, sin subrayado en el original). Sin embargo, la vuelta al tipo que Welzel realiza con la adecuación social en la tercera fase no le atribuye el significado sistemático que le correspondía en la formulación original [cfr. supra I.1.b]).

(65) ROXIN AT I § 10 n.m. 42, dando una respuesta negativa a la cuestión.

(66) HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 134.

(67) Refiriéndose a la génesis histórica de éste; sin embargo, también afirma que el Derecho penetra en un mundo configurado históricamente, cuyos órdenes robustece o «modifica y desarrolla» (ZStW 58 [1939] p. 517 nota 38, sin subrayado en el original).

(68) Este punto de vista, el de la «absoluta normalidad» (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969], p. 56) no se utiliza aún en la formulación de los «Estudios»; en contra de una interpretación en este sentido también FIORE, *L'azione socialmente adeguata...*, p. 144 y ss..

(69) Esta afirmación, que se produce en uno de los puntos de los «Estudios» que más extensamente se ocupan de la adecuación social (p. 516 nota 38), recuerda la expresión relativa a la adecuación social como «falsilla de los tipos jurídico-penales» (perteneiente a la «tercera fase»), por ejemplo, en *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969],

versidad de los ejemplos por él utilizados (70), en los que el denominador común parece ser una relación con las ideas valorativas de la sociedad, parecen abogar a favor de una respuesta afirmativa.

Sin embargo, esta interpretación no se corresponde con el diseño original de la categoría de la adecuación social; la referencia a la *génesis histórica* de los «valores ético-sociales» no tiene por qué significar desde un principio que con ella pretenda recurrirse a convicciones sociales empíricas del momento. Esta «definición explicativa», que de hecho, *en sí misma* «es, con mucho, demasiado amplia» (71), también puede consistir en la mera constatación de uno de los mecanismos de constitución (72) de «riesgos permitidos» y no implica necesariamente que con ella quiera hacerse referencia a algo fuera del tipo (convicciones sociales empíricas). Por el contrario, es preciso colocar las consideraciones de Welzel en el contexto en el que fueron formuladas; como es sabido, todo su punto de partida se dirige contra la concepción según la cual lo injusto consistía en la mera causación de un resultado «disvalioso». Por un lado, pretende que se reconozca que la esencia de las acciones humanas se halla en la «realización del sentido de la acción, formulado por la voluntad» (73). Por otra parte, sin embargo, también forma parte de su concepción crítica que esta acción se conciba como «fenómeno socialmente relevante, como acción en el ámbito vital social» (74); este punto de partida se formula claramente y es el que conduce a la afirmación reproducida más arriba, según la cual *es sólo la adecuación social la que hace posible que los tipos sean injusto tipificado* (75). Esto, sin embargo, no concuerda con una interpretación en clave exclusivamente fáctica del concepto.

Cabe recordar aquí el ejemplo del sobrino avaricioso (supra I.2., texto correspondiente a la nota 38): no se trata de lo «bueno» o «malo» desde el punto de vista social, sino del contenido normativo del tipo (76). La adecuación

p. 57, *El nuevo sistema...*, p. 55), que no forma parte de los tipos, sino que es «presupuesto» de éstos, y parece abogar en favor de la interpretación según la cual la propuesta de Welzel no llegaba más allá de afirmar que los comportamientos socialmente adecuados (=socialmente aceptados) son atípicos (ROXIN AT I § 10 n.m. 36 y s.). *Vid.*, sin embargo, el esbozo de la evolución de WELZEL supra I.1.b) y el contexto de esta formulación de los «Estudios» en el texto que sigue.

(70) *Vid. supra* I.2.c).

(71) Así la crítica planteada por ROXIN FS Klug, p. 305.

(72) Cfr., por ejemplo, JAKOBS AT 7/36 con nota 63: que queda constituido por aceptación histórica, es decir, sin un proceso consciente de ponderación de bienes; cfr. también supra I.2., texto correspondiente a la nota 49.

(73) ZStW 58 (1939), p. 503.

(74) *Op. cit.* p. 516.

(75) *Der allgemeine Teil...* 1.^a ed. (1940), p. 34.

(76) ZStW 58 (1939), p. 517; bien es cierto que con las categorías dogmáticas actuales, el caso se resolvería de un modo más preciso que afirmando simplemente que se trata de un comportamiento socialmente adecuado. En este sentido, según Roxin (GS

social no se refiere a la praxis fáctica, al comportamiento habitualmente valorado como positivo en sociedad, sino a contenidos normativos. Estos no provienen del ámbito extrajurídico, no son elementos auxiliares en la interpretación individual de la norma penal, sino que pertenecen al tipo. En este sentido, Welzel precisamente critica en la «primera fase» los conceptos de [comportamiento] «adecuado al ámbito de relación» y «cuidado debido en las relaciones sociales» por hacer pensar «en primer lugar sólo en un concepto de promedio fáctico», lo que no tiene en cuenta suficientemente el lado «normativo-valorativo» de la adecuación social (77); puede partirse, por tanto, de que Welzel era consciente de que las valoraciones sociales que existen fácticamente no tienen por qué ser idénticas con los contenidos normativos introducidos en los tipos (78). A pesar de las expresiones relativas a la ética social etc. expuestas más arriba, que ciertamente contribuyen a difuminar la intención de Welzel, debe considerarse que se refería al contenido normativo-social del tipo (79), a aquello que va más allá de los «meros nexos causales».

2. Digresión: ¿La adecuación social como causa de justificación?

«Los comportamientos socialmente adecuados son conformes a Derecho porque ni siquiera son típicos. Las causas de justificación se basan

Armin Kaufmann, p. 238, refiriéndose a la variante en la que el sujeto debe perecer en una tormenta) no sólo falta un riesgo jurídicamente relevante, sino que además concurre —de existir tal peligro— un supuesto de autoresponsabilidad de la víctima.

(77) *Op. cit.* p. 517 nota 38.

(78) Esto, sin embargo, lo resalta HIRSCH (como si Welzel afirmase lo contrario), ZStW 74 (1964), p. 134.

(79) Esto, en mi opinión, es independiente, en su significado sistemático específico para la teoría del delito, de cuáles fuesen las características que estos valores tuviesen en la concepción de Welzel: parece que se produce una evolución desde valores absolutos (aunque inscritos en el momento histórico concreto) hacia consideraciones más bien de tipo funcional (cfr. la adecuación social como «concepto ordenador valorativo» [ZStW 58 (1939), p. 517 nota 38] y como «comportamiento no necesariamente *modélico* en sociedad, sino un comportamiento dentro del marco de la libertad de acción social» [*El nuevo sistema...*, p. 55; *Das Deutsche Strafrecht* 11.^a ed. (1969), p. 56, subrayado en el original] y, desde una perspectiva más genérica [*Vom Bleibenden... (Abhandlungen)* p. 357] «El Derecho en todo caso sólo puede ser un intento de interpretación del orden social correcto», cuando son necesarios tales ordenamientos generales). Cfr. también PETERS FS Welzel p. 427, quien constata un progresivo vaciamiento del concepto de adecuación social de valores sociales para ir evolucionando hacia la «habitualidad de la actuación». Respecto de la evolución de Welzel en el ámbito de la filosofía del Derecho, cfr. LOOS, H. Welzel. *Die Suche nach dem Überpositiven im Recht*, p. 504 y ss., en Loos [comp.] *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen 1987, y la exposición de las bases filosóficas de Welzel hecha por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert...*, p. 57 y ss. Como ya se ha dicho, sin embargo, en este contexto lo relevante es que con la concepción de la adecuación social se hace referencia a contenidos de índole social.

en situaciones excepcionales...» (80). Porque si se partiease de que «toda actividad lesiva de bienes jurídicos [es] típica, la práctica totalidad de la vida social se subsumiría bajo los tipos delictivos» (81). La adecuación social «no se refiere... a la antijuridicidad, ya que ésta entra en cuestión cuando se sobrepasa la adecuación social» (82).

Como queda claro en el párrafo anterior, perteneciente a la «primera fase», la «excursión» temporal que Welzel hizo con la adecuación social a la antijuridicidad [cfr. *supra* I.1.b)] no es compatible con su concepción original (y tampoco con su concepto de tipo), ya que para el mundo de la vida social, que es un «“mundo con sentido, que contiene significados”, invocado por Welzel, en el que debía inscribirse la acción típica, hay una diferencia fundamental» entre que una acción sea un «maltrato intencional» o la «defensa necesaria frente a un ataque antijurídico» (83).

Welzel se apartó más tarde de esta posición; no podemos entrar aquí a considerar cómo se produjo la evolución en su postura. De todos modos, cabe constatar que este desarrollo constituye también un escalón en el proceso de marginación de la adecuación social, y especialmente que el retorno al tipo que tiene lugar a partir de la 9.^a edición del «*Deutsches Strafrecht*», en la tercera fase, no atribuye a la adecuación social la misma jerarquía con la que había estado ubicada originalmente dentro del tipo (84).

3. Adecuación social y lado subjetivo del delito

En el intento de aproximarnos a la cuestión que aquí interesa, esto es, el significado de la teoría de Welzel de la adecuación social, es preciso entrar brevemente también en el campo minado (ya que aquí se encuentra el centro de gravedad de lo que se entiende por «finalismo») del lado subjetivo del delito en la concepción de Welzel, y ello por la siguiente razón: la teoría de la adecuación social sólo podía ser el embrión de una categoría verdaderamente normativa si estaba destinada a operar tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. De acuerdo con la

(80) WELZEL, *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940), p. 47.

(81) *Ibídem*.

(82) ZStW 58 (1939), p. 517.

(83) Así ROXIN (ZStW 74 [1962] p. 537), defendiendo al joven Welzel (el de la primera fase en materia de adecuación social) frente al mismo en años posteriores. Resaltan esta diferencia también CEREZO MIR ADPCP 1961 p. 352 (recensión al artículo de Schaffstein en ZStW 72 [1960]); FIORE, *L'azione socialmente adeguata...*, p. 236 y s.; BUSTOS RAMÍREZ y HORMÁZABAL MALARÉE LH Antón Oneca p. 130 y s. Además, ha de tenerse en cuenta que esta opción sistemática puede producir duplicidades en aquellos ordenamientos que, como el español (art. 8 11.^º CP: cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), prevén causas de justificación que parecen coincidir con el ámbito de la adecuación social (cfr. por todos en la doctrina española a este respecto RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Madrid 1976, p. 429 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO PG p. 264).

(84) Cfr. *supra* I.1.b), II.1 (nota 64) e *infra* II.4.

pretensión de Welzel de reflejar la realidad social del Derecho en una categoría normativa dentro del tipo, ambas modalidades de dirección del comportamiento deberían ser objeto de valoración normativo-social ya en el tipo objetivo: «Si está permitido crear determinados riesgos para bienes jurídicos ajenos, esto debe regir por principio también para los comportamientos dolosos, y por tanto, para *todo* actuar jurídico-penalmente relevante» (85). Por ello, debe esbozarse el traslado del punto de partida de Welzel a los delitos dolosos e imprudentes.

La cuestión relativa al alcance de la adecuación social en Welzel se plantea en la piedra de toque del lado subjetivo del delito en dos direcciones:

En primer lugar, debe cuestionarse si la posición preeminente de la finalidad en la teoría de la acción en Welzel conduce a la identificación de la adecuación social, en cuanto concepto normativo-social, con la finalidad (el dolo), de modo que, por tanto, la adecuación social se transmite o sustituye psíquicamente. De ser esto así, la adecuación social sufriría una subjetivización o desaparecería detrás del dolo. En relación con ello y en segundo lugar, debe examinarse si el carácter primario del delito doloso aparta a la adecuación social (si se constata que ésta realmente quedaba planteada en sentido normativo-social) hacia los delitos imprudentes.

a) *¿Tiene «sentido» sólo el hecho doloso?*

Se trata de determinar primero si la configuración de la adecuación social hace honor a sus pretensiones, o si, por el contrario, queda absorbida en verdad por la finalidad. Nos encontramos en este punto con el reproche formulado a la teoría finalista *de la acción* según el cual ésta tendría limitada su perspectiva al hecho doloso. Si para Welzel sólo la comisión dolosa constituye la verdadera «expresión de sentido» y el comportamiento imprudente se halla excluido del mundo significativo social, en el que cumplen su función los bienes jurídicos, ello indica que la adecuación social es fragmentaria en cuanto concepto autónomo, que Welzel identifica sentido social y hecho psíquico (86), esto es, que rellena el contenido normativo de la adecuación social con lo psíquico (el dolo) y por ello abandona en realidad el postulado de hacer justicia a la realidad social. En este contexto se pretende analizar el significado del término «sentido», ya que en él se manifiesta tanto la pretensión global de Welzel de oponerse al «sin-sentido», al mecanicismo del causalismo, como su concepción acerca del tipo; por ello puede servir de ejemplo (87).

(85) STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3.^a ed. (1980), n.m. 341, refiriéndose al «riesgo permitido»; en contra («riesgo permitido» sólo en los comportamientos imprudentes, en los delitos dolosos, solución a través de la falta de dolo), por ejemplo, HIRSCH LK 10.^a ed., n.m. 32 antes del § 32.

(86) Así lo sostiene JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 36.

(87) PUPPE constata en otro contexto (GA 4/1990 p. 146 nota 2; trad. castellana en CPC n.º 47 1992; p. 350 nota 2), que Welzel usa «bastante libremente» los términos «sentido» y «significado»; JAKOBS entiende la «expresión de sentido» en Welzel como finalidad (*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 24). Respecto de

A este respecto aparecen afirmaciones en los «Estudios» que pueden llevar a pensar que Welzel *no* pretendía limitar la introducción del mundo social (esto es, la adecuación social) al actuar doloso, limitación que implicaría interpretarla exclusivamente desde el punto de vista psíquico. En efecto, en la introducción a su trabajo afirma que la psicología es incapaz de penetrar «en la esfera del actuar *con sentido*, esencial para nosotros» (88); parece tentador identificar la referencia al «sentido» con sentido social, esto es, con la interpretación social del comportamiento. Sin embargo, ya en la siguiente frase Welzel afirma que el objeto del Derecho penal es «la acción en cuanto manifestación de la voluntad que se objetiviza» (89), refiriéndose la «voluntad» al dolo dirigido a una finalidad determinada. Por consiguiente, el «sentido» es aquí la creación de sentido a través del dolo previsor. La voluntad «se decide» a favor o en contra de una acción (90); «el conjunto de la acción en todas sus fases es una unidad de sentido real dominada por la voluntad que establece los fines, una realización de la voluntad en el sentido más propio: la realización del sentido de la acción fijado por la voluntad» (91). Aún más rotunda parece la definición de la «expresión de sentido» en el trabajo anterior de Welzel «Kausalität und Handlung» (92): «Las causas físicas de un resultado no se generan de modo puramente causal, sino que contienen a la vez un sentido de intención, esto es, se producen en consideración a su idoneidad para producir el resultado planeado» (93). La «expresión de sentido» de la acción intencional (más tarde, «final») en principio no contiene valoraciones desde la otra perspectiva (esto es, desde el medio circundante del sujeto). «Si la causa es meramente un eslabón de un proceso causal», esto es, si es abarcada por la intencionalidad, «la realización del resultado es el hecho propio del sujeto...» (94). Por tanto, desde un principio existe en la concepción de Welzel la acepción de «sentido» como base ontológica de la intencionalidad de la acción (95).

De este modo se determina que la acción pertenece a un sujeto, que es acción humana. Pero, ¿es éste el mismo «sentido» que según Welzel tiene

la opinión aquí sostenida del doble sentido del «sentido» en el planteamiento de Welzel *vid. a continuación en el texto.*

(88) WELZEL *op. cit.* p. 496 y s., subrayado en el original.

(89) *Ibídem*, sin subrayado en el original.

(90) *Op. cit.* p. 506.

(91) *Op. cit.* p. 503, subrayado en el original.

(92) ZStW 51 (1931) p. 703 y ss. =*Abhandlungen*, p. 7 y ss.

(93) *Op. cit.* p. 19.

(94) *Op. cit.* p. 20.

(95) Cfr. la explicación detallada del origen filosófico de esta idea dada por TJONG, *Der Ursprung und die philosophischen Grundlagen der Lehre von den «sachlogischen Strukturen» im Strafrecht*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 54 (1968), p. 413 y ss.; cfr. también ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert...*, p. 70 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 57 y ss.

un comportamiento en el mundo significativo social? De qué acción se trata (por ejemplo, si es socialmente adecuada) no queda dicho aún, no puede aprehenderse con la expresión de sentido en cuanto finalidad. Y hay muchas afirmaciones en Welzel, aun en la primera fase, que parecen indicar que éste era el «sentido», el prisma decisivo para él: Los delitos imprudentes en los «Estudios» son meras «causaciones evitables», mientras que el injusto jurídico-penal sobre todo queda constituido por la acción final, de modo que el punto de partida de la adecuación social aparentemente no sería compatible con la «expresión de sentido» como explicación subjetivo-psicológica. Por ejemplo, el caso planteado en los «Estudios», en el que un sujeto que realiza el acto sexual con una mujer tuberculosa con la intención de que muera durante el embarazo (96), y respecto del que Welzel afirma que se trata de un asesinato, parece indicar que la adecuación social (objetiva) debería pasar a un segundo plano frente al dolo, ya que ésta «nunca puede constituir una tapadera de infracciones dolosas del Derecho» (97), de modo que precisamente la valoración normativo-social del comportamiento quedaría determinada por la representación del autor. Esta es también la conclusión a la que se llega de manera inexorable si se concibe el plano normativo-social (expresado en la categoría de la adecuación social) sólo como objeto del actuar final (98). Vista la adecuación social (o lo que es lo mismo, el «sentido social») exclusivamente a través de un prisma subjetivo, sin entidad propia fuera de la dirección del comportamiento, en efecto ambas perspectivas acaban confundiéndose (99), ya que forma parte de la dirección del comportamiento también el lado valorativo, que el sujeto conoce al actuar finalmente.

Sin embargo, y aunque esta confusión se produce en la posterior evolución del pensamiento de Welzel (cfr. infra II.4.), *no* está presente en la propuesta dogmática original planteada en los «Estudios»; aquí, el contenido normativo-social del tipo existe como valoración que se refiere desde fuera (desde la Ley) a la acción (ontológica); no cabe entender de otro modo que Welzel considere a la adecuación social la interpretación de sentido *del tipo* (100) —*¡no de la acción!*—, que la conciba como el vehículo para penetrar en el ámbito del injusto (101). La identificación entre adecuación social y expresión de sentido individual es sólo aparente; la idea de «expresión de sentido», cuando se refiere únicamente a

(96) ZStW 58 (1939) p. 519 y s.

(97) Así lo sostiene ZIPP ZStW 82 (1970), p. 635.

(98) Como lo hace, por ejemplo, ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgsunwert...*, p. 71 al interpretar la concepción de Welzel.

(99) ZIELINSKI, *op. cit.* p. 75; consecuentemente, el problema se plantea en la diferenciación entre dolo y conciencia de antijuridicidad que tanto ocuparía a Welzel en años posteriores a los «Estudios».

(100) *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940) p. 33; 2.^a ed. (1943) p. 40.

(101) ZStW 58 (1939) p. 529.

la dirección dolosa del comportamiento, forma parte del nivel ontológico de la estructura de la acción (102), y *no* de la adecuación social, del «mundo del sentido» social, esto es, la adecuación social aún no está siquiera presente. La adecuación social, por el contrario, se plantea en una fase sistemática *distinta*: la acción final, en cuanto mera dirección del comportamiento (es decir, el «sentido» subjetivo), es para el propio Welzel una idea igual de naturalista, igual de incapaz de penetrar en el mundo significativo en el que debe moverse la dogmática jurídico-penal, que el dogma causal:

«[el concepto de] “acción” (*también en cuanto acción final*) sigue siendo una abstracción semejante a “causación” si no se concibe como fenómeno socialmente relevante, como acción en el espacio vital social». (103)

La consecuencia lógica de esta pretensión global de la perspectiva normativo-social es que la adecuación social deba aplicarse *por igual* a los delitos dolosos e imprudentes:

«Las acciones socialmente adecuadas... nunca son antijurídicas, aunque tengan como consecuencia la lesión de un bien jurídico. Si, por consiguiente, no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, tampoco lo son en el de los delitos de causación imprudentes...» (104)

Muchos de los ejemplos que Welzel enuncia en su formulación inicial de la teoría como casos en los que no se traspasa la adecuación social son supuestos en los que concurre un comportamiento doloso — y en los que la mera presencia del dolo no es el criterio decisivo (105)—. Precisamente, Welzel resolvió en un momento posterior el ejemplo de la mujer tuberculosa justamente a la inversa (comportamiento atípico a pe-

(102) ROXIN (ZStW 74 [1962] p. 526 y ss., 532) afirma en otro contexto (en su crítica del concepto final de acción) que no resulta posible mantener un concepto ontológico-prejurídico de dolo una vez que se han incluido elementos de «sentido»: «Una vez que se ha comenzado a incorporar elementos de sentido en el concepto de finalidad, no queda ya ni la sombra de un argumento para afirmar que el dolo se halla limitado al conocimiento de las circunstancias del hecho». En lo que se refiere a lo que aquí interesa, lo decisivo es que no sucede a la inversa, que Welzel en su planteamiento inicial *no* identifica la atribución de sentido del tipo (adecuación social) con la atribución de sentido en la acción (dolo). Respecto de la adecuación social y el concepto de acción, cfr. *infra* 4.

(103) ZStW 58 (1939) p. 516, sin subrayado en el original.

(104) *Op. cit.* p. 557 y ss.

(105) Mientras que en la posterior evolución de Welzel, los ejemplos de hechos dolosos desaparecen prácticamente (menos el de las limitaciones a la libertad de movimientos en el uso de medios de transporte públicos); así lo constata SCHAFFSTEIN ZStW 72 (1960) p. 372 y s.; cfr. también *supra* I.1.b.

sar de la presencia de dolo) (106). Ya en los «Estudios» habla en este contexto de comportamientos que sólo «en apariencia» son «socialmente adecuados», esto es, de modalidades de comportamiento *ambivalentes* que precisan de la adición de elementos subjetivos para poder siquiera ser sometidos a un examen en cuanto a su significado objetivo-social (107); sin embargo, esto no implica necesariamente que Welzel afirme que aquella quede rellenada por elementos subjetivos. El significado social —a pesar de la posición central de la finalidad en la acción— debe añadirse aún, no es «sustituido finalmente»; la finalidad se encuentra antes de la adecuación social y no debe ser incompatible con ésta. Puede constatarse, por tanto, que en la formulación original de la teoría de la adecuación social la «expresión de sentido» de la acción final no se halla confundida con la «interpretación [social] del sentido del tipo»; según Welzel, la segunda debe sumarse a la primera.

b) *¿Adecuación social igual a deber objetivo de cuidado?*

¿Cuál es, sin embargo, la influencia concreta de la adecuación social en los delitos imprudentes? O desdoblando la cuestión: ¿lleva la estructura final de la acción en la concepción de Welzel, y el carácter «primario» del hecho doloso que ésta conlleva, a desplazar al delito imprudente a un segundo plano? ¿Y no es en el delito imprudente —faltando la finalidad como esquema subjetivo de interpretación— en donde la adecuación social, en cuanto esquema de interpretación social, puede reflejarse con mayor claridad? ¿No queda relegada la adecuación social a ser una categoría propia sólo de los delitos imprudentes, lo que imposibilita su desarrollo como punto de referencia sistemático?

En el punto anterior hemos visto que Welzel no identifica la adecuación social con la finalidad. Como consecuencia de ello y de acuer-

(106) *El nuevo sistema...*, p. 54; *Das Deutsche Strafrecht* 11.^a ed. (1969) p. 56.

(107) Actualmente también se discute —dentro o en contra de la teoría de la imputación objetiva— acerca de cuál es el contenido de «subjetividad» que es preciso utilizar para poder realizar una valoración objetiva del comportamiento (*vid.* por todos ARMIN KAUFMANN FS Jescheck, p. 251 y ss.; 265; STRUENSEE GA 1987 p. 97 y ss.; ROXIN GS Armin Kaufmann, p. 237 y ss., 250; JAKOBS, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* en: GS Armin Kaufmann, p. 271 y ss., 282; [trad. castellana de SUÁREZ GONZÁLEZ en ADPCP 1991, p. 493 y ss.]; MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988 p. 661 y ss. [=GS Armin Kaufmann p. 253 y ss.]). En todo caso, el planteamiento de la cuestión en términos de «objetivo» - «subjetivo» es, al menos, incompleto, si se parte de que en la imputación objetiva se trata de la *interpretación*, desde la perspectiva de la comunicación, del comportamiento (en términos de Welzel: hallar su «*significado social*»). Por supuesto que se trata de un sujeto, un individuo que se expresa a través del hecho. Por ello, con frecuencia no es posible extraer el significado (objetivo) del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. La cuestión decisiva estriba en cómo se define ese sujeto que actúa en sociedad (cfr. JAKOBS op. cit. p. 271), esto es, cuáles de sus conocimientos o representaciones se definen como relevantes para la interpretación objetiva del comportamiento.

do con su pretensión global respecto de la adecuación social, ésta debe aplicarse como «límite inferior... de toda *posibilidad* de anti-juridicidad» (108) por igual a los delitos dolosos e imprudentes. Esto parece hacer imposible que, como se sugiere en las preguntas antes enunciadas, la adecuación social desaparezca como punto de partida global, convirtiéndose en una especialidad del delito imprudente. Sin pretender dar respuesta pormenorizada a las cuestiones planteadas a través de un examen de la evolución del delito imprudente en Welzel (109), veamos algunos aspectos de la relación entre el delito imprudente y la adecuación social.

De acuerdo con la posición de Welzel en la primera fase, los delitos imprudentes son «delitos de causación» (110), porque falta en ellos el componente final; por ello, según Welzel, los delitos imprudentes y los dolosos se diferencian ya en el tipo objetivo (111). Pareciera que el delito imprudente permanece como una especie de reducto en el que puede seguir vigente el «dogma causal» tan criticado: «La producción del resultado... tiene lugar como consecuencia ciega con ocasión de un acto voluntario» (112). Sin embargo, la argumentación poco clara de Welzel en este punto —especialmente la referencia al tipo objetivo— se produce en un escenario distinto al de la adecuación social, concretamente es el primer intento de trasladar la estructura final de la acción al delito imprudente. Como veremos a continuación, desde un inicio Welzel no se conforma, especialmente en la imprudencia, con un tipo objetivo que consista en la mera causación, sino que, muy al contrario, la adecuación social se desarrolla con especial vigor.

A este respecto, lo que mayor atención llama es la cuestión acerca de las posibles relaciones establecidas por Welzel entre la idea de la adecuación social y la configuración del elemento del cuidado en el delito imprudente. En el planteamiento inicial, aparece claramente que el deber de cuidado en el delito imprudente es un derivado (113) de la adecuación social:

(108) WELZEL ZStW 58 (1939) p. 557, subrayado en el original.

(109) *Vid.* respecto de los cambios que en esta materia se produjeron en la obra de Welzel por ejemplo LOOS, *Hans Welzel...*, p. 499 y ss.

(110) *Op. cit.* p. 553 y *passim*.

(111) *Op. cit.* p. 499 y ss.

(112) Por ejemplo, en: *Der allgemeine Teil...* 1.^a ed. (1940), p. 79; WELZEL escribe más tarde (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969], p. 129) que «en un principio... [partió] del prejuicio de que en el resultado se encuentra la parte jurídico-penalmente esencial del delito imprudente».

(113) En este sentido también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, para quien la adecuación social fue «la fuente de donde se derivó la idea del deber objetivo de cuidado», *El delito imprudente*, p. 123; en sentido similar, GÓMEZ BENÍTEZ PG p. 165; ESER AT II 27 A 8 y s.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund...*, p. 56. En contra de que sea posible equiparar ambos conceptos, CEREZO MIR ADPCP 1983 p. 481 nota 40.

«...aquí, en el campo de la imprudencia, la idea de la adecuación social siempre ha sido reconocida por el Derecho de manera explícita: en el así llamado criterio objetivo de la imprudencia, el “cuidado necesario en el ámbito de relación”. Este criterio esboza el límite de aquel ámbito de la vida social activa dentro del cual la cuestión de la antijuridicidad ni siquiera puede de plantearse». (114)

Pero también más adelante el concepto de adecuación social permanece vinculado al del deber de cuidado, a lo largo de las distintas fases de la evolución de la teoría de Welzel en la materia (115). Aunque esta conexión va reduciéndose a una mera fórmula cada vez más en lo que se refiere a la mención del concepto de adecuación social, los contenidos presentados originalmente en el marco de la adecuación social siguen presentes e incluso son precisados (116).

Esto sucede, sin embargo, mientras que la adecuación social misma en cuanto categoría *general* —como inicialmente había sido formulada— se atrofia cada vez más, se ve degradada temporalmente a una causa de justificación consuetudinaria general y acaba sus días en la concepción de Welzel siendo entendida como mera «falsilla» de los tipos penales. Por ello, pareciera que lo que acaba sucediendo es que el deber de cuidado —esto es, el delito imprudente— es el continente en el que fue acogida la adecuación social, mientras que se marchitaba en su posición sistemática original.

(114) ZStW 58 (1939) p. 558.

(115) *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940), p. 81: «La medida del cuidado debido se determina con base en la adecuación social, que se refleja legalmente en el § 276 BGB...»; 2.^a ed. (1943), p. 98: «La medida del cuidado debido se determina... en lo objetivo, conforme a la adecuación social...»; *Das Deutsche Strafrecht*, 3.^a ed., p. 98: «Cuidado objetivo significa el respeto de la medida socialmente adecuada de puesta en peligro de bienes.» (Aquí, como objeto de complementación judicial); *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (1961), en: *Abhandlungen* p. 327: «Aquí se añade el segundo aspecto —normativo— del actuar “prudente” al primero [la previsibilidad]: solamente infringe el cuidado debido aquella puesta en peligro que rebasa la medida “habitual en el tráfico”, “socialmente adecuada”». (Sigue una exposición relativa a las *leges artis*, al desarrollo histórico del «riesgo permitido» y a su atribución al injusto p. 333 s.); esta formulación —«infringe el deber de cuidado solamente aquella puesta en peligro que rebasa la medida “habitual en el tráfico”, “socialmente adecuada”»— es la que se mantiene hasta la última edición de *Das Deutsche Strafrecht* (11.^a ed. p. 132; 8.^a ed. p. 115, etc.).

(116) Cfr. a este respecto, sobre todo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, en: *Abhandlungen* p. 326 y ss., 333 y ss.

A esta posición sistemática —esto es, a la relación entre «sentido» =finalidad (→ teoría de la acción) y «sentido» =adecuación social (→ contenido normativo-social)— me referiré en el siguiente punto.

4. Teoría de la acción y adecuación social

a) *¿Dos pretensiones incompatibles?*

El punto de partida de toda la teoría de Welzel era el de enfrentarse a la concepción según la cual la ciencia del Derecho penal podía subdividir arbitrariamente todo el suceso jurídico-penal en lo objetivo o causal y lo subjetivo o culpable. Según Welzel, *este* tipo de segregación es erróneo, porque no parte de una visión de conjunto del objeto antes de su disección (117). Esta concepción rechazada por Welzel intenta calcar de la realidad social móvil piezas de un rompecabezas para después unirlas en un conjunto, sin tener en cuenta que fueron calcadas no de una imagen fija, sino de aquella superficie cambiante que es la sociedad. Al juntar las piezas del rompecabezas, no se obtiene una imagen del original, ya que en la confección de la imagen se pasó por alto que en primer lugar es preciso aprehender el objeto a retratar como conjunto en movimiento antes de poder producir retratos parciales del mismo. Para modificar esta situación, Welzel planteó la necesidad de formular un concepto rector para la dogmática penal que permitiese superar el punto de partida mecanicista del causalismo: un nuevo *concepto de acción*, que representase la acción en Derecho penal como «*conjunto real, expresivo de un sentido dentro de la vida social real*» (118), que la concibiese como «*fenómeno social*» (119).

Como se ha visto, Welzel formuló inicialmente el punto de partida de la implicación del Derecho penal en la realidad social y lo trasladó a la categoría dogmática de la adecuación social como elemento del tipo. Sin embargo, ésta no fue desarrollada más allá de la propuesta inicial, si no que sufrió más bien un proceso de reducción o de traslado desde una posición de criterio global hacia una función específica dentro de la imprudencia.

¿Qué sucedió, en cambio, con la pretensión antes reproducida de que fuese precisamente el concepto de *acción* el que sirviese de vehículo a la «realidad social»? ¿No puede ser que el abandono de la adecuación social en su sentido original se deba a que no fuese incluida en *la acción*?

(117) ZStW 58 (1939) p. 491, cfr. también p. 527 y ss., 530.

(118) *Op. cit.* p. 491, subrayado en el original.

(119) *Op. cit.* p. 503, subrayado en el original.

En uno de los puntos anteriores [II.3.], con ocasión del estudio del concepto de «sentido», se ha hecho referencia al doble uso del mismo, e implícitamente también en parte al concepto de acción de Welzel: la acción final es expresión de sentido individual, no abarca el significado específicamente social de la acción. El concepto de acción final es, desde el principio, «la *base material ontológica* sobre la que se asientan las posibles valoraciones jurídico-penales...» (120), y, por consiguiente, *no* es un concepto de acción específicamente jurídico-penal que se refiera «siempre y en todo caso... a algo socialmente inadecuado» (121). Esta es la otra pretensión de Welzel, a parte de la de normativizar el tipo objetivo: la de haber encontrado (que no inventado) el concepto de acción verdadero.

Pero, ¿no hace imposible tal concepto de acción (dejando a un lado la cuestión de su utilidad) la creación de una teoría distinta de la acción, específicamente jurídico-penal, que «tome nota» de la finalidad, pero sin que ésta configure a aquella? ¿No es incompatible con el planteamiento antes expuesto relativo a la acción como fenómeno social? Welzel reprocha (122) a la teoría causal-naturalista que lleva a cabo una división inadmisible entre «“infraestructura” ontológica... y el mundo valorativo jurídico (como “supraestructura”)» (123). ¡Esta crítica parece afectar a su propia postura!

Quizás Welzel viese la forma de resolver la contradicción entre un concepto de acción avalorativo, asocial, y la pretensión de que sea precisamente el concepto de acción el que elimine el «naturalismo» de la teoría jurídico-penal en la siguiente propuesta: «La teoría de la acción desarrollada es la teoría del delito mismo (esto es, la acción significativa ético-socialmente en su existencia *jurídica*)» (124). Aquello que queda por «desarrollar», por «ampliar» (125), esto es, la implicación en el mundo social, es lo que según Welzel puede convertir la teoría de la *acción* en teoría del *delito*, de manera que no constituya una mera «abstracción» (como la idea de «causación») (126). De este modo, pareciera

(120) Ya antes de los «Estudios»: WELZEL, *Kausalität und Handlung (Abhandlungen)*, p. 21, sin subrayado en el original; cfr. también lo expuesto *supra* II.3.a): se trata del «lado antropológico» del problema (ROXIN ZStW 74 [1962] p. 523 y ss.; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 27; ampliamente, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert...*, p. 62 y ss.).

(121) Como propone JAKOBS en *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 45 y *passim*.

(122) ZStW 58 (1939) p. 497.

(123) Aquí aparece la cuestión de las bases filosóficas de Welzel y especialmente su posición frente al neokantismo, sin que aquí pueda discutirse este aspecto; cfr. las referencias contenidas en la nota 3.

(124) WELZEL, *ibidem*, subrayado en el original.

(125) Ibídem nota 13, remitiéndose al desarrollo de la adecuación social como la «ampliación más importante».

(126) *Op. cit.* p. 516.

que Welzel había instrumentado su propuesta estableciendo que la acción jurídico-penal sólo puede ser concebida teniendo en cuenta el mundo social. Que además de ello existiese una teoría «pura» de la acción en cuanto análisis del lado antropológico del comportamiento sería indiferente a este respecto y no restaría coherencia sistemática a la postura de Welzel.

b) *Salto en el tiempo*

¿Qué sucedió más tarde con esta propuesta? Pasemos de los «Estudios» a un momento posterior.

A principios de los años sesenta, Roxin formula la siguiente crítica a la dogmática del finalismo: una concepción de finalidad entendida como comprensión del mundo significativo social no puede ser construida sin tener en cuenta el carácter histórico de éste, ya que de lo contrario conduciría a una «discrepancia teórica» entre la ontología del concepto de acción y el mundo significativo social (127). Welzel se defiende del siguiente modo:

«El carácter categorial de la estructura final, que debe estar presente en *toda* acción humana, y que por ello podría haber sido demostrado con base en *aquella* acción en la que “el primer ser humano utilizó una piedra como herramienta” no es de ningún modo “antagónico” con la evolución histórica. ¡Al contrario! Esta ley estructural de la actividad humana es la que hace posible la evolución histórica de las configuraciones vitales humanas.» (128)

Sin embargo, que las acciones humanas sean ontológicamente «finales» o de cualquier otro modo, no es una constatación que por si misma pueda ayudar a una ciencia comprensiva del «significado social» de los comportamientos humanos. De todos modos, aún en este momento de su evolución, Welzel no pretende estar reduciendo su concepto de acción a la mera biología. Veamos un ejemplo al respecto: Roxin intenta demostrar en la crítica a la teoría final de la acción antes citada lo absurdo del carácter ontológico de la misma modificando un ejemplo referido a la teoría causal de la acción. En este sentido, afirma que no es menos ridículo definir unas injurias como «sobredeterminación final de ondas sonoras dirigida a producir vibraciones en un tímpano» que definirlas como la mera «causación de estimulación sensorial en el aparato auditivo de la persona afectada» (129). Welzel replica que tal formulación

(127) ZStW 74 (1962) p. 534 y ss. También plantean esta crítica BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE en LH Antón Oneca p. 132.

(128) *Vom Bleibenden... (Abhandlungen)*, p. 348.

(129) ROXIN, *op. cit.* p. 525.

únicamente reproduce un «experimento fisiológico», ya que no se tiene en cuenta la «dimensión de sentido» inmanente de la acción:

«...una acción no puede dejar de “abrir la dimensión del sentido”, concretamente la dimensión de sentido que se abre a través de la anticipación del objetivo de la acción, de la selección de los medios de la acción. La *dimensión del sentido* distingue la acción que acabamos de describir como experimento acústico de las injurias, en las que la acción viene determinada y dirigida por la anticipación “demonstración de desprecio”. El elemento de sentido que ello constituye... distingue la acción de las injurias del experimento físico antes descrito y la distinguiría de cualquier otra acción con otro sentido de acción, como por ejemplo de lo contrario de las injurias, de la atribución de honor.» (130)

Con esto, Welzel dice algo distinto de lo planteado en los «Estudios». Se vió (cfr. supra II.3.) que en la propuesta original, la «dimensión de sentido» en cuanto finalidad era mera anticipación individual. En este momento posterior (1964), sin embargo, la «estructura final» ya no es una relación «teleológica» (131) ni una «abstracción» (132): no es sentido individual, sino que puede anticipar como dimensión de sentido conceptos como honor o desprecio. La finalidad abandona el ámbito de lo antropológico y da entrada a valoraciones jurídico-sociales (133), de modo que no precisa de «desarrollo» ni «ampliación» para constituirse en un concepto de acción *jurídico-penal* en la teoría del delito. La adecuación social ya no es necesaria, ya que al introducirse el «sentido social» en la estructura final, en lo individual, es éste el prisma determinante. No es extraño que esta confusión entre la finalidad como sentido individual y la valoración objetivo-normativa se presente con tanta claridad en el ejemplo de las injurias, ya que se trata de un delito en el que están en juego las condiciones de comunicación de una sociedad, esto es, de manera evidente el mundo normativo social (134). En este caso, todos intentarán introducir de algún modo lo normativo-social, y es significativo del abandono de la categoría ulterior de la adecuación social que Welzel lo haga en la finalidad. Sin embargo, el verdadero problema estriba en determinar si en todos los tipos las normas sociales constituy-

(130) WELZEL, *op. cit.* p. 347, subrayado en el original.

(131) Así lo afirma WELZEL en *Kausalität und Handlung (Abhandlungen)*, p. 17, en el sentido de mera relación subjetiva hacia un objetivo perseguido.

(132) WELZEL ZStW 58 (1939) p. 516.

(133) En este mismo sentido, ROXIN ZStW 74 (1962) p. 531.

(134) Más exactamente: se trata —en parte— de garantizar la corrección de los mecanismos informales de imputación negativa (de acuerdo con la concepción de JAKOBS, *Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes*, en: FS Jescheck t. I, p. 627 y ss.).

yen un elemento esencial, o si la finalidad es suficiente como categoría ontológica en la gran mayoría de tipos en los que el sentido dado a la acción por el autor y el sentido del tipo habitualmente coinciden. En el planteamiento inicial, Welzel se proclamó partidario de la primera alternativa; más tarde, sin embargo, no desarrolló este pensamiento. En el presente ejemplo, esto significa que una vez abandonada la pretensión de «ampliar» el concepto de acción a través de la adecuación social, lo social tuvo que ser introducido de contrabando en la expresión de sentido (pretendidamente ontológica) individual.

Quizás sea «la diferencia entre la acción como expresión de sentido y la “acción” como mera causación evitable», que «es de máxima importancia también en el ámbito del Derecho» (135) (o, formulándolo de otro modo: el hecho de que los comportamientos dolosos tienen un mayor potencial para producir alteraciones sociales que los imprudentes) lo que condujo a Welzel a esta confusión. En todo caso, en su propuesta original, lo normativo no se hallaba determinado por el prisma subjetivo, y por ello le correspondía a la adecuación social un papel propio dentro del tipo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes. Sin embargo, el primer pilar de su concepción (la convicción de que ya el injusto jurídico-penal depende de la modalidad de dirección del comportamiento) se sobrepuso al segundo (el carácter de fenómeno social del injusto). Su programa de crear una «teoría de la acción desarrollada» que debía ser «la teoría del delito misma», la «acción significativa ético-socialmente» (136), quedó sin instrumentar porque su concepto de acción pretendidamente ontológico comenzó a absorber elementos normativos, de modo que aparentemente ya no precisaba de «ampliación» alguna. Sin embargo, este programa existía, y ello confirma que el «desligamiento de la sociedad» de la teoría de la acción de Welzel «no era voluntario» (137). Fue sólo en un momento posterior cuando la rama «finalista» del árbol de la dogmática de Welzel asfixió a su hermana, la adecuación social.

5. La adecuación social como precursora de la normativización del tipo objetivo

Después del análisis del planteamiento original de la adecuación social, desde luego cabe constatar características paralelas a las evoluciones doctrinales actuales en el ámbito del tipo objetivo que se denominan «imputación objetiva». El punto de partida constituido por la adecuación social demuestra que el finalismo, la corriente dogmática iniciada

(135) WELZEL ZStW 58 (1939) p. 503.

(136) *Op. cit.* p. 497.

(137) JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 45.

por Welzel, no sólo pretendía añadir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que originalmente éste debía convertirse en la ubicación del significado objetivo del comportamiento. La extraordinaria amplitud de enfoque de la adecuación social en su formulación original, concebida como puerta normativa hacia el injusto, demuestra que no se trataba de un mero mecanismo corrector de los tipos por vía de interpretación, aunque fuese éste el prisma adoptado posteriormente por Welzel y por la práctica totalidad de la doctrina que se hizo eco de su propuesta. Además, esta amplitud también permite observar un paralelismo hacia aquellos intentos doctrinales que persiguen la ampliación de la imputación objetiva hacia una teoría del «lado externo del injusto». Desde esta perspectiva, no puede seguir afirmándose que los resultados dogmáticos de la teoría final de la acción son necesariamente incompatibles con la imputación objetiva; por el contrario, la teoría de la adecuación social era en los albores del finalismo un embrión de una verdadera teoría general de la imputación objetiva. En el ámbito de la imputación del resultado, el finalismo continuó desarrollando con posterioridad a la propuesta inicial —si bien de manera limitada a los delitos imprudentes— dentro del «deber objetivo de cuidado» los criterios materiales planteados en la adecuación social. Sin embargo, la implicación sistemática general de la adecuación social construida al principio se perdió, y en el ámbito de los delitos dolosos este vacío hubo de ser rellenado con soluciones trasladadas al concepto de dolo. La insistencia en el desarrollo de la teoría final de la acción por parte del finalismo —desde un prisma ontológico-subjetivo exclusivo— hizo caer en el olvido al otro pilar de la concepción de Welzel, un olvido injustificado que puede finalizar a la luz de la evolución actual de la dogmática del tipo objetivo.

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Psiquiatría y Prisión

MARÍA CRUZ CAMACHO BRINDIS

Profesora e Investigadora de la Universidad Autónoma
Metropolitana en México

SUMARIO: Introducción.—1. ¿Prisión sinónimo de deshumanización?—2. Trastornos psíquicos en prisión.—3. Toxicomanías.—4. Asistencia Psiquiátrica Penitenciaria.—5. Enfermedad Mental y medidas de seguridad. Lineamientos a seguir en la elaboración de medidas de seguridad. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

«Psiquiatría y Prisión», tema sugestivo por la realidad que encierra. La Prisión no ha resuelto la problemática idea de la reinserción del individuo en la sociedad al grado de considerarse que representa un factor criminógeno. Tal es la primera cuestión que aborda este trabajo: ¿es la prisión un sinónimo de deshumanización? Ante la pregunta surgen un buen número de respuestas. La mayoría asegura que a partir del instante en que ingresa el sujeto a ella, se desarrollan un buen número de psicosis, de esquizofrenias, en fin, padecimientos nada eficaces para su tratamiento rehabilitador.

La drogadicción, el problema sexual, el suicidio, la depresión son presupuestos que hacen indispensables la presencia del psiquiatra ya que la prisión hiere a veces indeleblemente al que por primera vez la pisó y ofrece un hogar natural a sus huéspedes habituales. Nada bueno consigue en el alma del penado.

En el número dos se menciona el problema de los trastornos psíquicos en un lugar de reclusión y por supuesto no se olvidan las toxicomanías, tema abordado en el apartado número tres.

El punto cuatro ofrece algunas consideraciones sobre el tratamiento psiquiátrico en prisión. En él se destaca la necesidad de practicar exáme-

nes psiquiátricos y psicológicos a los reclusos, en los que se cuente con material e instrumental adecuado para el diagnóstico y atención de las diversas anomalías.

El punto cinco se refiere a la medida de seguridad, y sus criterios de elaboración.

En fin, este análisis es sólo un intento que pretende que la justicia alcance a aquellos a quienes la libertad ha abandonado un momento de su vida proporcionándoles un trato humano.

El presente trabajo es un intento de análisis de una realidad que vive la sociedad contemporánea: la relación que guarda la psiquiatría y la prisión.

La importancia de la psiquiatría en algunos individuos que se desen-
vuelven en libertad es primordial dada la situación de angustia y tensión que la sociedad moderna les provoca. Viven, sufren y se desen-
vuelven en ella, realizan sus ideales o bien ven sus intentos frustrados. Si esto es así pa-
ra un individuo libre, la situación se torna difícil para quienes han delinqui-
do y en consecuencia viven en un lugar como la prisión que ha sido blanco de tantas críticas adversas. Tan es así que voces numerosas se levantan en contra de ella o al menos en contra de la prisión tradicional, que no ha sido idónea para cumplir su elevada misión de readaptar socialmente al individuo que ha delinquido. Más aún se ha insistido en que las cárceles represen-
tan un factor criminógeno que viene a sumarse a otros endógenos como exógenos que condicionan la conducta de los delincuentes.

1. ¿Prisión, sinónimo de deshumanización?

La persona privada de libertad vive experiencias nada agradables, una gran depresión física que le hace pensar que lo ha perdido todo en el mundo, que lo que vive es una pesadilla de la que difícilmente despertará, lo envuelve un monótono aislamiento, un miedo al medio extraño en que, no vive, sino sobrevive.

Individuos, protagonistas de conductas que van desde el delito primitivo y brutal propio del bárbaro, hasta el acto antisocial astuto y planeado, desde el delito del famélico solitario, del psicópata vagabundo o del psicótico indirigible, hasta el crimen profesional y sistematizado, metódico y complejo, del grupo que actúa dentro de los moldes de la disciplina militar o de la sociedad comercial.

La pena privativa de libertad representa no sólo una ausencia de eficacia de la sanción, en virtud de los problemas que el encierro clásico causa en los presos, sino carencia del criterio de humanidad por las condiciones de vida de las instituciones penitenciarias que producen afec-
ciones en la personalidad a través de procesos de alteración del yo y la creación de pseudoidentidades. Desafortunadamente constituye la fuen-
te esencial de la justicia penal, así ocurre por ejemplo en España: «La condena a prisión representa la fuente esencial de la justicia penal espa-

ñola, al constituir más del 50 por 100 de las penas impuestas en las sentencias y, sin embargo, este castigo no sólo es un mal para el penado, sino que añade patología a los internados en las instituciones penitenciarias e incide negativamente en su proyecto, lo cual contracide y niega las funciones que habitualmente se atribuyen a la pena privativa de libertad: curadora y rehabilitadora, reeducadora y reformadora» (1).

La cárcel sume a los reclusos en una gran frustración, pues la mayor frustración que puede padecer cualquier persona es la pérdida de la libertad. Aparece la angustia, acompañada de agresividad, de un aumento considerable de la sensibilidad, de la suspicacia y del recelo y no cabe duda alguna que las «rejas» se convierten en el obstáculo que se interpone entre el sujeto-recluso y el objeto apetecido, la libertad: «estas frustraciones se sitúan en la zona inconsciente de la personalidad, donde se almacenan y reprimen, a veces a gran tensión, observándose únicamente el comportamiento violento, que es el resultado final del proceso» (2).

El adaptarse a una nueva realidad supone una maduración que a veces tarda en llegar y no resulta nada fácil sobre todo para quienes la edad fluctúa entre los 16 y 25 años —la edad más conflictiva delincuencialmente hablando— personas jóvenes que ejercen un mínimo control de sus emociones: «La inmadurez psicoemocional no es sólo cuestión de años, pero indudablemente es mayor su frecuencia cuanto menor es la edad y lleva aparejada inestabilidad, escaso control de las tendencias y egocentrismo» (3). Si a esto se añade que el mayor porcentaje de los reclusos son personalidades anómalas, la situación se torna verdaderamente conflictiva y desentrañar ese conflicto implica entender la verdadera problemática de la prisión que la coloca en estrecha relación con la psiquiatría.

Médicos y penitenciaristas han descrito los trastornos físicos y en especial psíquicos que el encierro produce (4). Sólo el simple ingreso en el establecimiento produce ya algunos síntomas evidentes en el recluso: de inapetencia, con espasmos esofágicos, insomnios, crisis emotivas, avidez y disfunciones neurovegetativas.

Schmideberg asegura que a partir de este instante un elevado número de esquizofrénicos se revela, es la prisionización que por igual afecta

(1) GARCÍA ANDRADE, José Antonio. *Violencia, droga, alcohol y cárcel*, en Revista de Medicina Legal, N.ºs 34 y 35, año X, enero, junio, de 1983, Madrid, p. 30.

(2) GARCÍA ANDRADE, J. Antonio, *ob. cit.* p. 27.

(3) GARCÍA ANDRADE, J. Antonio, *op. cit.* p. 30.

(4) En Tlaxcala, México, la Asociación Civil Defensora de Tlaxcala, denunció el confinamiento infrahumano en que viven catorce internos en el Centro de Rehabilitación Social de Tlaxcala; duermen en el piso de cemento como medida disciplinaria y los alimentan con desechos de comida, pero esta se la reparten hasta tres días después de que se acumuló por lo que casi siempre se encuentran enfermos y no son atendidos medicamente. La dirigente defensora de Tlaxcala resalta la necesidad de la intervención de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Publicado en el Diario «EL UNIVERSAL», Sección Estados, diciembre de 1991, p. 2.

a los seres normales que a aquellos que presentan alguna alteración mental y son ordenados a una prolongada detención (5).

Los diferentes tipos de psicosis creadas o fomentadas por la prisión son afectivas, psicomotrices e intelectuales, entre éstas se encuentran las reacciones histeroides o puerilismo histérico, situaciones que originan delirios intensos y estados de pánico que aparecen con inusitada frecuencia en el preso, nada benéficos evidentemente para su tratamiento reeducador. Desafortunadamente esta situación, ya en sí misma grave, adquiere mayores dimensiones con la presencia del liderazgo que los internos más violentos o poderosos ejercen sobre los demás, con el aprendizaje de un lenguaje específico, con el consumo de sustancias tóxico-inhibidoras prohibidas reglamentariamente «el ambiente en el que tienen que desenvolverse la readaptación social no puede ser más negativo» (6).

Y qué decir del problema sexual. García Valdés llama la atención sobre éste y sus desastrosas consecuencias: «Taft decía que ahora se niega al detenido lo que hace siglos se concedía al esclavo: las relaciones sexuales normales... no es lícito volver la mirada ante el problema cuando los porcentajes de homosexualidad adquirida y de vicios o perversidades sexuales practicadas en las cárceles oscila en los distintos países entre un 40 a un 80 por 100 (7). ¿Qué hacer ante ello?, muchas soluciones se han propuesto: permisos transitorios, prisión mixta, etc., pero lo que más razonable parece, hasta el momento, es la visita conyugal practicada en prisiones estadounidenses y latinoamericanas (8).

Ante este panorama presentado, la respuesta no se hace esperar: rebelión pacífica y violenta. Es otro aspecto del problema: huelgas de hambre, motines y ¡suicidio!, así como pérdida total del sentimiento vital de esperanza frente a situaciones familiares, económicas y personales poco claras o verdaderamente oscuras.

El problema de la prisión no es exclusivo de un solo país. Los motines y rebeliones en Estados Unidos, Francia e Italia son un claro ejem-

(5) Citado por GARCÍA VALDES, Carlos, *La nueva Penología*. Colección de Penalología y Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, 1977, p. 36.

(6) GARCÍA VALDES, *op. cit.* p. 37.

(7) Cfr. GARCÍA VALDES, Carlos, *op. cit.* p. 37.

(8) En Reinosa, recientemente se amotinaron no sólo reos del penal en demanda de mejores condiciones, sino también celadores del lugar. Los primeros, como se apuntó, en demanda de un mejor trato, los segundos en protesta por los bajos salarios y abusos que reciben de sus superiores. Es imposible la resocialización del delincuente en un ambiente así. Y así se lee: «... expresaron su inconformidad por los salarios sin que les cumplieran un aumento salarial ya prometido...» «entre los planteamientos están que se permita salir a los reclusos de sus celdas, no se les corte el suministro de agua, y exista suficiente cantidad de alimento». Publicado en el Diario «EL UNIVERSAL», Sección Estados, México D.F., 9 de diciembre de 1991, p. 1.

pto de hechos que conmocionan a la opinión pública y que son por demás ilustrativos (9).

1970. Folsom. Demanda de mejores cuidados médicos, supresión de los castigos crueles e innecesarios y sobre todo supresión de la brutalidad perpetrada en las prisiones de California.

1970. Italia. En la moderna cárcel romana, los presos fueron golpeados por porras por los guardianes en presencia del director, al grado de que los medios de comunicación llamaron a eso una «orgía de violencia». Las cárceles de La Roquette y Rennes son muestra de un verdadero factor criminógeno, plagado de corrupción, homosexualismo, monotonía, explotación laboral, falta de cuidados médicos con resultado de muerte, suicidios, reincidencia, hacinamiento, ausencia de clasificación, represión, promiscuidad, huelgas de hambre...

Desalentadora realidad la que priva en la prisión, carente de humanismo y de un objeto preventivo (10). Nadie duda que en el interno se produzca una desestabilidad emocional que desencadena verdaderos trastornos mentales, convirtiendo al sujeto en víctima de la barbarie y la injusticia irracional.

La prisión... lejos de frenar la delincuencia parece suspiciarla. En su interior se desencadenan, paradójicamente, libres, angustiosos problemas de conducta. Es instrumento propicio de toda clase de inhumanos tráficos. Hiere a veces indeleblemente al que por primera vez la pisa y ofrece un hogar natural a sus huéspedes habituales. Nada bueno en el alma del penado (11).

Otro punto relevante en la problemática de la prisión es la tristeza que causa que la mayoría de las personas privadas de su libertad están en prisión preventiva, es decir, se trata de procesados en espera de sentencia. «En algunos países las personas en prisión preventiva alcanzan el 75 y 80% del total de la población privada de la libertad. En México

(9) Cfr. GARCÍA VALDES, Carlos, *ob. cit.*, pp. 40 y ss.

(10) En México, el órgano de representación ciudadana en el Distrito Federal, la Asamblea de Representantes, ha expresado que las autoridades capitalinas no han cumplido con las recomendaciones que hizo la Comisión Nacional de los Derechos Humanos que los planes y programas gubernamentales de readaptación social han fracasado por la corrupción, sobre población y la ineficaz aplicación de los recursos económicos. Y ha propuesto, entre otros puntos, disminuir la sobre población, la restricción de la pena privativa de la libertad a los casos, estrictamente necesarios así se evitará que por falta de espacio convivan delincuentes altamente peligrosos con otros que no lo son y por la influencia de los primeros también se llegan a convertir en indeseables, capacitación de personal, en suma, los derechos humanos de los internos. Publicado en el Diario «EL UNIVERSAL», «Los reclusorios no han cumplido con recomendaciones de la CNDH», México D.F., diciembre de 1991, 1.^a sección, p. 3.

(11) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La Prisión*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, p. 53.

es el 49% (12). Y en Sinaloa es el 56.25% de una población penitenciaria de 4970 (13).

El problema se aprecia claramente si se considera que los juicios tienen duración prolongada, que una alta proporción de procesados serán declarados inocentes y muchas personas privadas de libertad son simplemente pobres que no pueden pagar la fianza fijada por el juez. Pero son problemas que suman a los abusos policíacos, autoritarismos, corrupción, drogas, alcohol y armas. En otras palabras, situaciones que causan trastornos emocionales que se presentan en el sujeto, sin ninguna necesidad (14).

En suma, hoy más que nunca es preciso revisar a fondo los grandes temas penitenciarios y promover la profunda e inteligente reforma de la prisión. Precisamente, en México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos —organismo de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano— se ha propuesta una campaña frontal contra la corrupción en las cárceles del país que incluye acciones a fondo para suprimir drogas, alcohol, privilegios, maltrato, prostitución y armas, intensificando las visitas de inspección a los centros penitenciarios, sobre todo a aquellos que tienen mayor problemática. Además se ha propuesto la elaboración de un proyecto de reglamento de prisiones con el propósito de que se atienda a lo dispuesto en la Constitución y en las demás normas aplicables tanto nacionales como internacionales. También se propone estudiar el efecto de las reformas en materia procesal penal, federal y del Distrito Federal, en los casos de detención ilegal, incomunicación y tortura (Programa de trabajo de la CNDH, diciembre de 1991 a junio de 1992). Con actividades así, se persigue reorientar la política criminal mexicana dotando al proceso penal de mayores grados de certeza, seguridad y prontitud y, al sistema penitenciario, de respeto a los derechos humanos. De ser así, estas situaciones mencionadas, se disminuirán notablemente.

2. Trastornos psíquicos en prisión

Los trastornos psíquicos pueden estar condicionados por factores diversos atribuibles ya a la personalidad del sujeto privado de libertad o bien a otros factores externos inmersos en el medio ambiente y que constituyen en sí una agresión y un germe patológico por ser tan desfavorables.

(12) RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 506.

(13) «Rezago en los procesos penales del 56.25 de los presos en Sinaloa», publicado en el diario «EL UNIVERSAL», México D.F., 16 de diciembre de 1991. Secc. Estados, p. 7.

(14) En México, el Partido de Acción Nacional, ha propuesto una iniciativa de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en los considerandos aparece que es con el fin de que sea más pronta y expedita la administración de justicia. Publicado en el diario EL UNIVERSAL, «A. N. propone nuevo código penal», la sec. México D. F., 16 de diciembre de 1991, p. 24.

Sin duda son hechos que conducen a alteraciones psíquicas y, si a ésto se añade una inadecuada política penitenciaria, falta de elementos legales que permitan una mejor distribución de situaciones, lentitud judicial y problemas burocráticos, el cuadro no puede ser más desolador.

En cuanto a las anomalías psíquicas atribuibles a la persona varían desde la edad cronológica, la mental y el grado de adaptación social. En relación a esto último es ilustrativo el ejemplo de una gran mayoría de sujetos delincuentes con edades inferiores a los veinte años que son portadores de formas de inadaptación social y una parte de ellos han pasado por estudios, educación o internamiento en centros de protección de menores. Es cuando se hace necesaria la valoración de la capacidad intelectual y un estudio profundo de la personalidad que oriente para hacer una clasificación con fines terapéuticos y psiquiátricos. Así, se observa que el coeficiente intelectual de muchos de los inadaptados es bajo guardando una proporción ligeramente inferior a la del término medio, abundando las formas de torpeza mental entre 0.70 y 0.90, y ya más raramente las oligofrenias de forma superficial entre 0.60 a 0.70 (15).

De igual forma son frecuentes las caracteropatías de base orgánica, las epilepsias y formas equivalentes como displasias, sonambulismos, terrores nocturnos. Contra las formas psicóticas se encuentran formas esquizofrénicas precoces, así como, situaciones conflictuales que dan lugar a neurosis de las que las formas obsesivas son frecuentes (16).

Y, qué decir de los cuadros psicóticos o las formas reactivas con fuerte componente psicomotriz que presenta tendencia a la auto o heteroagresión y que desencadenan el suicidio.

Es importantísimo precisar que si el individuo no tiene la atención adecuada es mejor ingresarle en un centro psiquiátrico adecuado, judicial si existe o civil si no lo hubiese. «La permanente conexión de lo físico y lo psíquico en la constitución de la personalidad, hace que sea siempre necesaria la práctica de una medicina integral en estos reconocimientos y atenciones médicas» (17).

La psiquiatría en la prisión enfrenta una seria problemática caracterizada por múltiples factores humanos, sociales y ambientales: personas jóvenes (menores de 18 años y entre 18 y 35 años); clase social baja (como si el Derecho Penal estuviese dirigido a estigmatizar); el proceso político (para quien la vida en prisión es una misión o tarea obligada); la situación dramática de quien espera un juicio, meses y hasta años y la incertidumbre e inquietud psicológicamente comprensible; la personalidad psicopática y neurótica; la agresividad agudizada en prisión.

(15) Cfr. GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *Anomalías en los centros de detención*, en Revista Española de Medicina Legal, Año X, N.º 34-35, enero-junio, 1983, p. 8 y ss.

(16) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* pp. 10 y ss.

(17) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* p. 9.

«Las personalidades psicopáticas son el núcleo más importante de estos centros con cifras que podríamos estimar hasta un 30 por 100 y aún más sobre un supuesto de un 10 por 100 en la población normal» (18).

Asimismo se encuentran las personalidades con defectos intelectuales, igual al grupo formado por esquizoides y anacásticos y en menor proporción los hipomaníacos o depresivos, éste es el grupo más numeroso, siendo el grupo de sujetos afectos a cuadros neuróticos el más bajo.

Es importante destacar que entre los reclusos hay quienes, en su vida anterior a la prisión, estuvieron recluidos en estancias sanatoriales, sometidos a tratamientos médicos interrumpidos, con antecedentes de expulsiones escolares o fugas domiciliares en las que el síntoma común es una conducta anormal con tendencia a la realización de delitos menores.

El número de epilépticos es también numeroso. Se presenta con trastornos y anomalías esporádicas: «El número de epilépticos más o menos sintomáticos es mucho más numeroso que el término medio y el término medio de la población es mucho más numeroso que lo que afirman muchas investigaciones o se valoran mediante electroencefalografía» (19).

Ahora bien, las anomalías psíquicas también surgen del medio externo pues los factores ambientales son condicionantes para llegar a producir un alto número de personas con carácter que revertan en conductas anormales o que en casos graves producen reacciones psicopatológicas que sin duda precisan de un tratamiento (20).

Los trastornos psíquicos, lamentable consecuencia que la prisión acarrea con su rigidez, rutina y monotonía que lleva a actividades, lenguaje y comportamientos especiales que dificultan seriamente una adecuada reincorporación del sujeto al medio social.

3. Toxicomanías

En el sujeto privado de su libertad, no resulta difícil el consumo de estupefacientes, en él hay una intensa nostalgia por la libertad y se comprende fácilmente la tendencia a la evasión que ante la imposibilidad de realizarla físicamente, la realiza simbólicamente, a través del mundo alucinitorio del tóxico en cualquiera de sus formas: «Este deseo lo plasmaba muy bien un recluso al decir cada día que lograba “grifarse”, era un día que le robaba al juez» (21).

(18) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* p. 10.

(19) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* p. 11.

(20) Sin embargo, la instrumentación del tratamiento se encuentra obstaculizada —en muchas prisiones— por el hacinamiento en el que están.

(21) GARCÍA ANDRADE, Antonio, *ob. cit.* p. 2.

Las drogas más usadas, por ejemplo, en España son los derivados del cannabis y la heroína, siendo sin duda este consumo el que ha creado una ola de violencia en las cárceles. Hay un dato curioso que revela la gravedad del asunto: 23 muertos en los últimos seis meses de 1983, además de un gran número de lesionados graves entre los reclusos (este dato en prisiones españolas) (22).

Ni duda cabe que las drogas existen desde siempre, pero no siempre han sido la calamidad que han llegado a ser, ya que ciertos consumidores las integran a su vida en una actitud de rebeldía frente al status que impone la prisión, además son una forma de evasión que fomenta una brutal dependencia en todos los órdenes. Desafortunadamente el negocio está dado por la complicidad, en todo el mundo de importantísimos empresarios privados y funcionarios públicos, creando auténticas mafias que dan origen a gravísimas rivalidades, que se solventan en forma de venganza o ajuste de cuentas, de allí que las muertes que se presentan, tengan su origen en esta problemática (23).

En la cárcel su elevado consumo tiene varias causas, en primer lugar, que muchos reclusos, sobre todo los delincuentes habituales, ya son consumidores antes de su prisionización, otros, lo inician precisamente durante su detención.

El problema ha sido enfrentado inicialmente con la medida de la permisibilidad del consumo de drogas en la cárcel, con base en que esta tolerancia mantenía a los reclusos en estado sedado y alucinatorio y con ello disminuían los conflictos, pero al poco tiempo se observó que el consumo de droga aumenta proporcionalmente la violencia y prueba de ello son los motines en los que casi la totalidad está bajo el influjo de cannabis, dificultando consecuentemente su control: «en un motín en el que participaron más de 400 reclusos en 1979, la mezcla de autolesiones en los brazos con abundantes hemorragias, la alta cota de violencia registrada y el estado alucinatorio de los participantes, ofrecía un espectáculo dantesco en la prisión de Madrid» (24). Además el consumo de drogas provoca resultados decepcionantes: disminución del rendimiento intelectual, deterioro psicológico y la posible psicoorganicidad en los toxicómanos con verdaderos cuadros que terminan en centros asistenciales psiquiátricos. Es la presencia de quienes han pasado su vida entre la violencia y la prisión.

Sin duda que las malas condiciones que privan en la prisión son, quizás, parte del resultado de esta situación, así se ve cómo el paso de drogas a través de paquetes, visitas de familiares, etc., propician su con-

(22) Cfr. GARCÍA ANDRADE, Antonio, *ob. cit.* pp. 27 y ss.

(23) Cfr. DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis, *Drogas: un crimen reciente*, en Revista Alegatos/ 1, órgano de difusión, Departamento de Derecho, Universidad Autónoma Metropolitana, México, septiembre-diciembre, 1995, p. 85 y ss.

(24) GARCÍA ANDRADE, J. Antonio, *ob. cit.* p. 35.

sumo: «existe un mercado negro de todo tipo y la desproporción entre medios y números de vigilancia y población penal es evidente» (25).

Desarreglos estructurales y verdaderos y profundos problemas de integración. Todo ello apoyado por un impresionante aparato delictivo que se ha internacionalizado.

Pero el problema no se soluciona exclusivamente con la enérgica represión, sino además en una interacción social, económica, cultural, inclusive política, que rescate al farmacodependiente y lo reintegre a una vida normal en sociedad.

Ahora bien, en el XXIX Curso Internacional de Criminología (26), se destacó que en la relación drogas y criminalidad inciden factores psicológicos y que el 70 por 100 de los pacientes por consumo tienen los siguientes rasgos: necesidad de remedio inmediato, intolerancia, tendencia infantil con mecanismos de tipo regresivo, inestabilidad, rebeldía ante la autoridad y agotamiento de la razón.

Pero las reacciones pueden variar y aparecer otros rasgos como el pesimismo, la desconfianza, la despreocupación, que aparecen como reacciones a un medio de vida y torna difícil su tratamiento.

Rodríguez Manzanera (27) menciona que el problema ha tomado proporciones epidemiológicas ya que el consumo se ha extendido rápidamente a todos los países principalmente aquellos de gran desarrollo económico y a los que están en vías de desarrollo, se han convertido en países productores y exportadores de droga provocando efectos gravísimos al grado de que los adelantos de la medicina han demostrado la peligrosidad de la droga (principalmente de marihuana), aún utilizada una sola vez o en pequeñas dosis.

El mencionado jurista mexicano —preocupado por la problemática— llevó a cabo una investigación de campo en el año de 1974 (28) en un grupo de estudiantes de bachillerato, en la Ciudad de México. A continuación se presentan los resultados de dicha investigación por considerar que la ingestión de drogas es uno de los principales factores que condicionan a la población juvenil a la realización de eventos antisociales.

El número de jóvenes encuestados fue de 25 mil, de ellos, 15.200 han probado la droga y uno de cada cinco la probó y reincidió. Se puede deducir que existen cuando menos 3 mil jóvenes farmacodependientes. El 15.6% de esta población universitaria probó alguna vez la droga.

(25) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* p. 10.

(26) XXIX Curso Internacional de Criminología. El papel de la Criminología en las nuevas democracias, Pamplona, 16 al 21 de junio de 1980, Seminario sobre Psiquiatría, Psicología, Medicina y Criminología. Nota en Cuadernos de Política Criminal, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, N.º 12, Madrid, 1980.

(27) RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La drogadicción de la juventud en México*, Ed. Botas, México, 1974, p. 122.

(28) RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *ob. cit.* p. 122.

En México no es la mayoría de nuestra población preparatoria desviada por su afición a la droga, sólo el 3% del grupo estudiado.

Si bien es cierto que esta investigación no se llevó a cabo en centros de reclusión sino en centros de estudio, nos auxilia en la configuración del problema carcelario, pues la ayuda psiquiátrica, sobre todo en la juventud, se hace cada vez más urgente: «debe enseñarse que la droga no es un auxilio, que no sirve para acrecentar las funciones psíquicas, ni ayuda a obtener o fijar los conocimientos tampoco sirve para auxiliar en las depresiones» (29).

Entre los jóvenes que han probado las drogas, se encontró una mayor aceptación y además autojustificación. La mayoría dio respuestas en el sentido de que son personas desorientadas, con problemas, con necesidad de comprensión y de afecto. «Los factores depresivos se obtuvieron haciendo preguntas sobre pensamientos y tentativas de suicidio. Entre las causas que llevan el pensamiento de suicidio, las más importantes son los problemas familiares» (30).

4. Asistencia psiquiátrica penitenciaria

La asistencia psiquiátrica a los internos en establecimientos penitenciarios surge entre 1907 y 1911, gracias a la idea del médico belga Vervaeck de crear anexos en las prisiones dedicados exclusivamente a la asistencia psiquiátrica. La utilización de este sistema y el de instituciones especiales o el más reciente de los establecimientos terapéuticosociales, revelan el interés de las administraciones penitenciarias de someter a aquellos delincuentes con alteraciones mentales a tratamiento.

Las malas condiciones de la prisión influyen en el comportamiento del sujeto. Para el sujeto normal la recuperación será rápida al normalizarse el medio, en cambio, el enfermo sufrirá intensamente el impacto. Lo cierto es que para los dos la experiencia pudo evitarse o bien disminuirse a límites tolerables a través de la implementación previa de medidas de higiene mental tendentes a lograr una mejor estabilidad humana en los centros de reclusión.

Se ha calculado que un 15% de la población penal necesita de una terapia psiquiátrica o psicológica. Por supuesto, terapia dentro del tiempo que dure la pena impuesta al sujeto y como parte de las normas generales del establecimiento penitenciario.

Todo un plan rehabilitador y consciente de su verdadera función, ya que todo intento curativo se torna estéril o difícilmente eficaz, cuando el sujeto se desenvuelve en un ambiente material y humano destructivo que, en lugar de fomentar la salud contribuye como medio para estimu-

(29) RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *ob. cit.*, p. 117.

(30) RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *ob. cit.*, p. 122.

lar lo patológico. Se diría que es tanto como pretender la curación de enfermedades con las más sutiles medicaciones en un ambiente que reúne las peores condiciones imaginables.

Antes de ser una realidad científica, la psiquiatría nace de una necesidad de asistir y rehabilitar al enfermo: «Esta necesidad de asistencia debe primar sobre las investigaciones psiquiátricas en cuanto a factores etiológicos aún oscuros de las enfermedades mentales. Esto es aplicable a todas las anomalías psíquicas y además permitirá el trabajo conjunto de todos, sea la escuela o modo de investigación a que estén adscritos» (31).

La psiquiatría en la prisión debe buscar la salud mental comunitaria dentro de un plan de prevención y cambio en el quehacer psiquiátrico tradicional, ocupándose más de la persona, a la que hay que tener en cuenta en una situación no querida.

Es un trabajo interesante, Alberto García Valdés (32), presenta un estudio realizado en el Centro Penitenciario de Madrid, Carabanchel, pendiente a mejorar las condiciones en esa prisión.

Entre los padecimientos detectados —menciona el autor— se observó, por ejemplo que, la permanencia en celdas de aislamiento produce los más diversos procesos psíquicos: cuadros depresivos y ansiosos, ideas paranoides, brotes epilépticos, reacciones histéricas y esquizoides y en general sintomatología neurótica. Esto conduce a la necesidad de eliminar esas celdas de castigo del panorama represivo, pues es evidente desde cualquier perspectiva médica que constituyen una agresión a la salud humana. Además la necesidad de su supresión está reconocida en la vigente Ley General Penitenciaria en España, aunque el desarrollo de esta ley no se produzca con la rapidez necesaria.

Alberto García Valdés señala, además, la necesidad de introducir en las prisiones, equipos de psiquiatras de mentalidad abierta en la que a la pretendida acción curativa de los medios farmacológicos, se añada la labor preventiva: «... la verdadera tarea preventiva tiene que encargarse de mejorar la forma de vida que van a llevar estas personas durante un tiempo que puede ser de años, no sólo para evitar por ejemplo, que sean objeto de parasitaciones, lo cual va siendo una posibilidad infrecuente, sino para suprimir la gran cantidad de aspectos negativos de las propias prisiones que favorecen la aparición de muchos trastornos emocionales que se traducen en cuadros clínicos somáticos muy diversos y requieren de cuidados medicamentosos, cerrándose así el círculo que va de la salud a la enfermedad» (33) y agrega que la actuación médico-preventiva ha de operar en dos niveles: sobre el individuo en sus aspectos físico y psíquico y sobre el ambiente.

(31) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.*, p.13.

(32) GARCÍA VALDES, Alberto, *Medicina Psicosomática y Patología Carcelaria*, en Cuadernos de Política Criminal, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, N.º 12, 1980, pp. 83 a 42.

(33) GARCÍA VALDES, Alberto, *ob. cit.*, p. 87.

Propuestas que revelan una verdad ineludible, la de que los objetivos prioritarios de los nuevos centros penitenciarios deberán ser promover la autoafirmación de la personalidad de los recluidos en ellos, para que, una vez en libertad, puedan lograr una situación individual de realización personal. Sólo así se evitarían las actitudes negativas derivadas de la estancia en prisión como son: odio, sospecha, disgusto, aversión, desconfianza, rencor, frustración, etc.

Sin duda que todo ello debía formar parte de un cambio total de un plan revitalizador, que incluya desde el cambio de la arquitectura hasta la desaparición de la idea obsesiva y principal del encierro. ¿Por qué esto último?, porque los efectos de una pena privativa de libertad para un delincuente son muy drásticos, al grado de crear psicosis y lo que es peor, el calificarle legalmente como enfermo, equivale a pornerle una etiqueta que convierte todos los actos de una persona en actos de un demente. Reacción muy común de la autoridad cuando se pretende evadir responsabilidades.

5. Enfermedad mental y medida de seguridad

Si bien es cierto que el sujeto normal que ingresa a prisión, en virtud de que le ha sido impuesta por el juez una pena debe recibir una atención psiquiátrica a manera de ayuda para lograr a futuro su reinserción en la Sociedad, también lo es que el enfermo mental que ha realizado un hecho lesivo de bienes jurídicos penalmente tutelados, necesita atención psiquiátrica, en virtud de que ésta le ha sido impuesta por el juez bajo la denominación: medida de seguridad.

Hablar de medidas de seguridad no es cosa fácil. De antiguo se creía en separar al sujeto de su entorno social para recluirle en un régimen de aislamiento, sin terapia, sin trabajo, un ambiente de manicomios o establecimientos especiales para su reclusión.

De allí la conveniencia de un cambio legislativo en lo que a medidas de seguridad se refiere, dentro de un equilibrio de respeto a los derechos humanos, orientado a la integración familiar del sujeto, a su integración en talleres de trabajo, en los hospitales especializados cuando se haga necesaria su reclusión. Un cambio legislativo que contemple mecanismos adecuados para evitar que el enfermo sea excluido fatalmente.

Dentro de esos mecanismos no puede preverse la reclusión por tiempo indeterminado hasta que el sujeto se cure, pues quizás este hecho en algunos padecimientos, nunca ocurría, como tampoco puede destacarse la medida de seguridad fuera del establecimiento psiquiátrico o bien en períodos alternativos, en otros términos: medidas de seguridad en libertad y semilibertad. Debe tenerse en cuenta ésto y no en último término, sino en el primero. Considérese el enorme avance en farmacología, el descubrimiento de tranquilizantes, antidepresivos, etc., que logran re-

sultados que antes sólo se lograban con terapias muy agresivas contra el sistema nervioso, se verá que actualmente no resultará tan difícil integrar al enfermo al régimen social. Una buena medida que exige una estrecha colaboración Juez-psiquiatra, porque lo que está en juego en un ingreso involuntario basado en la ausencia la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho realizado.

La medida de seguridad no debe ser desfavorable para el enfermo mental en contraste con el sujeto normal en quien la equiparación de la magnitud del delito y su pena, sí resulta favorable, al menos teóricamente. Pensemos en lo grave de ingresar a un enfermo en un establecimiento psiquiátrico haciéndole que permanezca en él «hasta que se cure»: «La psiquiatría quiérase o no, ocupa un lugar muy importante en el campo legal. Por ello fatalmente se va a etiquetar con términos psiquiátricos las anomalías psíquicas de las personas sujetas a procedimiento judicial» (34).

Enfermos que, hay que mencionarlo, muchos de ellos pueden convivir con la sociedad, sin ser forzosamente peligrosos, se corre el mismo riesgo con sujetos normales y anormales pues igual pueden delinquir, como igual pueden rehacerse.

En el tratamiento legislativo del enfermo mental habrá de tomarse en cuenta que, tradicionalmente, y ello de manera equivocada, se le ha colocado en condiciones desfavorables para luchar con su existencia, para trabajar, para relacionarse con los demás y por qué no, para divertirse, logrando con ello, la negación de su propio desenvolvimiento e ignorando su existencia.

Lineamientos a seguir en la elaboración de medidas de seguridad

La incorporación de medidas de seguridad se basa en la creación de un sistema dualista integrado de penas y medidas, con características retributivas las primeras, y las segundas, basadas en la peligrosidad del autor.

Las medidas de seguridad surgieron con un fin preventivo y no represivo, en virtud de que buscaban solucionar el problema de quienes tienen proclividad a cometer daños como consecuencia de un estado corporal. Se les presentó como un paliativo a situaciones originadas que, la propia limitación de la pena, no podía resolver. Surgen, originando un sistema dualista (penas y medidas de seguridad). Así, la medida de seguridad surge como consecuencia de un estado peligroso y con duración indeterminada, condicionándola exclusivamente a la obtención del re-

(34) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* p. 14.

sultado perseguido, de tal suerte que el fin que persigue el Estado es el de resocializar o enmendar (35).

Es una reacción estatal ante la cual no se puede afirmar que no crea sufrimiento pues al ser coactiva —no se olvide que el Estado la impone independientemente de la voluntad del sujeto— irremediablemente es sufrida por el sujeto igual que si se tratara de una pena.

Una indeterminación en cuanto a su duración, un sufrimiento en sí mismo hacen necesaria encuadrarla dentro de límites de proporcionalidad. No puede ser que esta reacción penal sea más dura que lo que le correspondería al sujeto normal por la misma clase de conducta. Desafortunadamente este es un sistema generalizado en muchos países, en Francia por ejemplo, en la Ley de Seguridad y Libertad, la reclusión en manicomios dura el tiempo que los médicos estimen conveniente: «Es sin lugar a dudas, opinión general entre la mayor parte de los funcionarios, tanto por el lado oficial, como de la clientela, que esta indefinición real conlleva un grado considerable de sufrimiento adicional para los detenidos... es suficientemente desagradable ser un criminal, peor es un psicópata, pero peor aún ser las dos cosas a la vez» (36).

Su carencia de pautas de proporcionalidad restringe derechos, por lo que es necesario admitir:

1. Que también en las medidas de seguridad, debe ser respetado el principio de legalidad, de tal suerte que sólo pueda imponerse una medida previamente prevista en la ley y como consecuencia de presupuestos previamente establecidos.

2. La medida de seguridad debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales y previa realización de un proceso rodeado de todas las garantías constitucionales correspondientes protegiendo el derecho de defensa, es decir, el derecho del particular a oponerse a la pretensión del Estado de aplicar la medida de seguridad.

3. Inclusión de pautas de proporcionalidad entre el hecho cometido por el inimputable y la duración de la medida que se le impone. No es posible que un sujeto normal cuando delinque tenga derecho a exigir que cesen las restricciones de derechos que padece cuando ha expirado el plazo de la pena y que el enfermo mental siga a merced de los órganos estatales de control.

Es cierto, no es sencilla una determinación cuantitativa de la medida de seguridad, pero tampoco debe eludirse conservando la indeterminación: «la medida máxima de pena establecida en la ley penal determina

(35) Cfr. a RIGHI, Esteban, *Medidas de seguridad: descripción legal, aplicación judicial y ejecución.*, en Revista Justicia 83, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, N.^o 1, vol. 1., enero-marzo, 1983, México, pp. 219 y ss.

(36) CHRISTIE, Nils, *Diagnosis Criminológica, Psiquiatría Forense*, en Criminológico: en International Perspectiva, vol. 1, Capítulo Criminológico 11-12, Universidad de Zulia, 1984, p. 138.

la mayor reacción a que el Estado tiene derecho en función del hecho cometido... toda restricción que supere dicho plazo es indicativo de que el Estado no está reaccionando por el hecho, sino por motivos diversos... El Estado está restringiendo derechos porque el aumento es enfermo mental, lo que no resulta plausible» (37).

Por eso la medida de seguridad debe estar prevista en la norma jurídica conteniendo criterios cuantitativos que consideren el valor del bien tutelado lesionado, el dolo, la tentativa de igual forma que se hace con el sujeto imputable: «... en lo cuantitativo, las medidas de seguridad legisladas dependen del valor del bien tutelado, del dolo y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien. Además, y ésto hay que enfatizarlo, el mínimo y el máximo de las medidas de seguridad nunca serán superiores al mínimo y máximo de la punibilidad que, en relación a adultos imputables, se legisla para la misma clase de antisocialidad» (38).

Otro punto a considerar es que la medida de seguridad no debe imponerse sin la previa comisión de un evento antisocial basándose en el débil argumento de que el individuo manifiesta una forma de conducta que hace presumir una inclinación a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad. La dificultad reside en la individualización cuantitativa por la enorme complejidad para fundamentar la imposición de medidas de seguridad a sujetos que nada hicieron o lesionaron bienes jurídicos y además hacerlo sin límite temporal alguno, lo cual es razón suficiente para erradicarlas, pues su presencia en los catálogos punitivos refleja total arbitrariedad.

Es innegable la dificultad procesal que plantea la prueba del estado peligroso, ya que no se trata de probar hechos del pasado sino de probar el porvenir. Es un intento de pronóstico de conducta de futuro. En verdad lo que se logra es ignorar garantías procesales al querer basar la imposición de una medida de seguridad en indicios.

Por otra parte, un adecuado trato legislativo debe prever que el enfermo mental se beneficie con todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, de tal suerte que la ausencia de cualquiera de los elementos del delito, será obstáculo que impedirá la imposición de medida alguna, ésto último se extiende también a las causas de inculpabilidad: «Si la realización del hecho no es consecuencia de la enfermedad que el sujeto padece, sino de una circunstancia excluyente de responsabilidad, no existe base suficiente para imponer la medida» (39).

Dentro del panorama presentado no puede faltar la reflexión sobre la creación legislativa de medidas de seguridad en libertad o en semilibertad en aquellos casos en que se trate de la lesión a un bien jurídico de

(37) RIGHI, Esteban, *ob. cit.* p. 229.

(38) RAMÍREZ, Elpidio, *Fuentes Reales de las Normas penales*, en Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, N.º 1, vol. 1, enero-marzo, 1983, México, p. 25.

(39) RIGHI, Esteban, *ob. cit.* p. 227.

menor jerarquía: «muchos enfermos psíquicos y anómalos conviven con la sociedad y no son fatalmente peligrosos, pero pueden delinquir como el resto de la sociedad y rehacerse» (40).

Partamos de la idea siguiente: si se cuestiona la pena privativa de libertad por los efectos que ésta causa en un sujeto normal y se proponen sustitutivos a ella, entre los cuales figura la semilibertad, ¿por qué para el enfermo que ha realizado un evento antisocial no han de crearse, a nivel legislativo, medidas sustitutivas de la reclusión? Es una propuesta, un paso de la medicina sanatorial cerrada a la psiquiatría hospitalaria y comunitaria. Pensemos que algunos padecimientos son una creación mixta de enfermedad y medio, que algunos eventos antisociales realizados por individuos inimputables son menos graves que otros —dentro de la jerarquía de bienes jurídicos penalmente tutelados— y sobre todo tomemos en cuenta que el inimputable no debe estar en desventaja, en cuanto a derechos se refiere, en relación con el imputable (41). Esto es para aquellos eventos antisociales y aquellas anomalías que así lo permitan, quedando reservada la reclusión para aquellas enfermedades que, por su gravedad, no permitan otra solución: «hay enfermedades mentales leves que permiten para todos los que conviven con el enfermo y que a lo más aprecian extrañezas, rarezas en el comportamiento, que no le impiden desarrollar su vida profesional, su vida de relación social normal» (42).

En la legislación mexicana las medidas de seguridad que se contemplan son en internamiento y en libertad. Tal y como se plantea en el artículo 67 del Código Penal para el Distrito Federal:

Art. 67 CPDF. «En el caso de los inimputables el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente».

Igualmente en las medidas de seguridad en libertad se considera la persona que se responsabilice del enfermo. Es así como en el artículo 68 del Código Penal para el Distrito Federal se contempla esta situación:

Artículo 68 CPDF. «Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando por cualquier medio y a satis-

(40) GONZÁLEZ PINTO, Rodrigo, *ob. cit.* p. 14.

(41) Es aquí cuando entra en juego un gran aporte de la psiquiatría los llamados puentes asistenciales. Entre estos destacan el hospital de noche y el hospital de día. Al respecto puede consultarse Dr. L. Valenciano en «Servicios Psiquiátricos, estructura total» en *La asistencia del enfermo mental*, Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, Madrid, abril de 1969.

(42) RODRÍGUEZ DEVESÁ, José María, *Tratamiento Psiquiátrico en la delincuencia*, Estudios Penitenciarios, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Año XXVI, N.º 19, octubre-diciembre, Madrid, 1970, p. 1130.

facción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

El criterio de la proporcionalidad entre el valor del bien jurídico y la magnitud de su ataque se observa en el artículo 69 del Código Penal para el Distrito Federal:

Art. 69 CFD. «En ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

Dos consecuencias se derivan del art. 69 CPDF.

1.^a El máximo de las medidas de seguridad nunca será superior al mínimo y máximo de la punibilidad que, en relación a adultos imputables, se legisla para la misma clase de antisocialidad.

2.^a La ayuda asistencial y social que el Estado otorga al sujeto enfermo cuando ha cesado su medida de seguridad. Concluida ésta no se justifica su continuación. Es ayuda asistencial, ni representativa, ni coactiva. La represión, que caracteriza a la reacción penal, concluye.

El *Ius puniendi* no se excede ante el enfermo mental y se legitima interviniendo exclusivamente en la medida de lo necesario.

CONCLUSIONES

1. La permanente conexión de lo físico y lo psíquico en la constitución de la personalidad hace que sea siempre necesaria la práctica de una medicina integral en la prisión.

2. La problemática en los centros de detención viene establecida por los múltiples factores humanos sociales y ambientales que en ellos convergen.

3. El acogerse al alcohol, las drogas, etc., son quizás la consecuencia obligada de la situación deplorable que caracteriza a la prisión.

4. Antes de ser una realidad científica, la psiquiatría es una necesidad de asistencia y rehabilitación.

5. El equiparar la magnitud del delito y su pena no debe ser desfavorable para el que presentando anomalías psíquicas y debiendo ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico debe permanecer en él hasta que se cure, cuando en muchos casos es probable que no sea así.

6. No es razonable que las medidas de seguridad carezcan de un límite, pues finalmente son restricción de derechos para el sujeto que la sufre.

7. Es necesaria la creación de un Hospital Psiquiátrico para quienes, habiendo delinquido, necesitan la ayuda psiquiátrica o bien para quienes sin estar conscientes de esa ayuda, deba proporcionárseles.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

Real Decreto 1079/1993, de 2 julio, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, por el que se regula el procedimiento de suspensión de las sanciones administrativas en materia de drogas previsto en el art. 25.2 de la LO 1/1992 de 21 feb., de protección de la Seguridad Ciudadana, así como el seguimiento de los tratamientos de deshabituación de los consumidores de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refiere dicho artículo

El capítulo IV de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana, establece un régimen sancionador que asegura el cumplimiento de las finalidades de la propia Ley y de las correspondientes garantías constitucionales. En la tipificación de infracciones que realiza, y, específicamente, entre las graves, incluye el consumo en lugares públicos y la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como el abandono de dichos lugares de los útiles o instrumentos utilizados para su consumo (artículo 25.1).

Paralelamente, y atendiendo al fin resocializador y no exclusivamente retributivo y preventivo de la sanción, el artículo 25, apartado 2, de dicha Ley prevé la posibilidad de suspender tales sanciones, en los casos en que el infractor se someta a un tratamiento de deshabituación en un centro o servicio debidamente acreditado (artículo 25.2).

Con el presente Real Decreto, dando cumplimiento al mandato de determinación reglamentaria que contiene, se desarrolla el artículo 25.2 de la Ley Orgánica 1/1992, regulando el procedimiento de suspensión de sanciones en los casos de infracciones tipificadas en el apartado 1 de dicho artículo.

Atendiendo al fin rehabilitador de toxicómanos propugnado por la normativa vigente y los convenios internacionales en materia de drogas y estupefacientes, la suspensión de sanciones, que será de aplicación a

quienes sean consumidores habituales de dichas drogas o sustancias, podrá llegar a la remisión total y definitiva de tales sanciones en los casos en que el infractor lleve a cabo satisfactoriamente su tratamiento de deshabituación, en la forma y con las condiciones que se establecen en este Real Decreto.

En su virtud, a propuesta de los Ministros del Interior y de Sanidad y Consumo, previa aprobación del Ministro para las Administraciones Públicas, oído el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de julio de 1993,

DISPONGO.

Artículo 1. *Disposiciones generales.*

1. Es objeto del presente Real Decreto el régimen general de la suspensión de sanciones, prevista en el artículo 25.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana, y especialmente la regulación del procedimiento de suspensión, así como la del seguimiento de los tratamientos de deshabituación de los consumidores de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refiere dicho artículo.

2. El procedimiento de suspensión de sanciones que se regula en el presente Real Decreto será de aplicación a los infractores que puedan ser considerados consumidores frecuentes o habituales de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3. La autoridad competente para incoar y resolver los expedientes dirigidos a una eventual suspensión de las sanciones, así como para decidir la finalización de la suspensión, será la misma que impuso la sanción, de conformidad con lo prevenido en el artículo 29 y disposición adicional de la Ley Orgánica 1/1992.

4. Sólo podrán participar en los procedimientos de suspensión y en los tratamientos de deshabituación que se regulan en el presente Real Decreto los centros que estén debidamente acreditados, autorizados y controlados por los órganos de la autoridad sanitaria correspondiente.

Artículo 2. *Iniciación del procedimiento.*

1. Impuesta una sanción por la comisión de cualquiera de las infracciones tipificadas en el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992, siempre que la resolución sea firme en la vía administrativa, podrá iniciarse, dentro de la fase de ejecución, el procedimiento de suspensión de la sanción regulado en el presente Real Decreto.

2. El procedimiento de suspensión se incoará cuando el infractor, mediante la correspondiente solicitud, formule declaración libre y vo-

luntaria, a iniciativa propia o previo ofrecimiento de la autoridad competente en tal sentido, manifestando que se encuentra sometido o tiene el propósito de someterse a un tratamiento de deshabituación, indicando el centro o servicio debidamente acreditado a tal fin y comprometiéndose a seguirlo en la forma y por el tiempo que se determinen conforme a lo previsto en el presente Real Decreto.

3. A la declaración del interesado, deberá acompañarse informe del centro o servicio que haya de participar en el procedimiento de suspensión y encargarse de dirigir técnicamente el proceso de deshabituación, con indicación de los antecedentes del interesado, diagnóstico y determinación de las características, y duración previsible del tratamiento.

Artículo 3. *Resolución del procedimiento*

1. Además de la declaración e informe a que se refiere el artículo anterior y de los antecedentes reunidos en el procedimiento que diera lugar a la imposición de la sanción, la autoridad competente podrá también tener en cuenta, a los efectos de resolver los expedientes, cuantos informes médicos, psicológicos o de otra naturaleza considere necesarios.

2. Si la resolución es favorable a la suspensión, la autoridad competente declarará también suspendido el plazo de prescripción de la sanción a que se refiere el artículo 28.4 de la Ley Orgánica 1/1992, por el tiempo previsto de duración del tratamiento y, en su caso, de las prórrogas del mismo.

3. La resolución favorable a la suspensión de la sanción se notificará al interesado, con indicación expresa y detallada de sus condicionamientos y, concretamente, con especificación del centro o servicio en el que seguirá el tratamiento de deshabituación, la fecha de comienzo del mismo y el tiempo mínimo de suspensión siempre que el interesado se encuentre sometido a dicho tratamiento.

4. Las resoluciones contrarias a la suspensión de la sanción serán igualmente notificadas a los interesados, de forma motivada, requiriéndoles para que lleven a cabo los actos procedentes en ejecución de la sanción.

Artículo 4. *Tratamiento de deshabituación.*

1. El tratamiento, ya sea en régimen de internamiento o a través de visitas concertadas y periódicas al centro o servicio determinado, se prolongará por el tiempo indispensable, teniendo en cuenta el estado físico y psíquico del interesado al comenzar el tratamiento y la evolución que experimente durante el mismo, pudiendo concederse con tal objeto por la autoridad competente las prórrogas que resulten procedentes del tiempo mínimo inicialmente fijado.

2. Durante el tiempo de aplicación del tratamiento, la autoridad competente efectuará un seguimiento del proceso de deshabituación, a cuyo efecto el centro o servicio responsable de su realización, sin perjuicio de la confidencialidad de la información, facilitará a cuantos extremos resulten relevantes para adoptar las resoluciones posteriores que se estimen procedentes.

La periodicidad de las referidas comunicaciones o partes será fijada por la autoridad teniendo en cuenta las indicaciones expuestas al efecto por el centro o servicio responsable.

3. En caso de que el correspondiente centro o servicio incumpla la obligación de remitir los partes o comunicaciones, la autoridad competente procederá a la designación de un nuevo centro o servicio de deshabituación, previa elección del interesado de entre los que reúnan las circunstancias del artículo 1.4, con prórroga, en su caso del período de suspensión.

Cuando el interesado se niegue a abandonar el centro o servicio que incumpla la obligación descrita en el párrafo anterior, o no realice la elección de uno nuevo, la autoridad competente procederá a levantar la suspensión de la sanción.

Artículo 5. Terminación del período de suspensión.

1. La autoridad competente, teniendo en cuenta las comunicaciones y partes facilitados, deberá acordar la prórroga del período de suspensión, en caso de que la evolución del proceso de deshabituación sea positiva y el tiempo inicialmente concedido resulte insuficiente, siempre que el interesado manifieste su conformidad con la indicada medida.

2. Cuando la información reunida se deduzca que el interesado ha cumplido satisfactoriamente su compromiso, la autoridad competente acordará la remisión total o parcial de la sanción o sanciones impuestas.

3. El incumplimiento, total o parcial, el abandono unilateral del tratamiento, la comisión de una nueva infracción de las tipificadas del artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992, o de un delito contra la salud pública relacionado con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, durante el tiempo de aplicación del tratamiento o de sus eventuales prórrogas, determinará que la autoridad competente decrete la iniciación o, en su caso, la continuación del expediente de ejecución de la sanción.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA UNICA

Peticiones efectuadas a partir de la Ley Orgánica 1/1992

A las personas que hubiesen solicitado acogerse a la suspensión de la sanción administrativa por infracciones cometidas en esta materia

desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la Seguridad Ciudadana, les será de aplicación lo prevenido en el presente Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA

Facultad de desarrollo

Se faculta a los Ministros del Interior y de Sanidad y Consumo para dictar las disposiciones oportunas para la aplicación y desarrollo de lo previsto en el presente Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA

Entrada en vigor

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Instrumento de ratificación de 23 de abril de 1993, del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho en Washington el 20 de diciembre de 1990 (BOE de 17 de junio de 1993) y corregido por Canje de Notas de 12 y 19 de julio de 1991 (BOE 17 de junio de 1993. Corrección de errores, BOE 17 de julio de 1993).

Por cuanto el día 20 de noviembre de 1990, el Plenipotenciario de España firmó en Washington, juntamente con el Plenipotenciario de los Estados Unidos de América, nombrados en buena y debida forma al efecto, el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América,

Visto y examinados los veinte artículos del Tratado,

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza.

Mando expedir este Instrumento de Ratificación por Mí, debidamente sellado y refrenado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

**TRATADO DE ASISTENCIA JURIDICA MUTUA EN MATERIA
PENAL ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMERICA**

Indice

- Artículo 1: Objeto del tratado
- Artículo 2: Autoridades centrales
- Artículo 3: Límites de la asistencia
- Artículo 4: Forma y contenido de la solicitud
- Artículo 5: Ejecución de las solicitudes
- Artículo 6: Gastos
- Artículo 7: Límites de utilización
- Artículo 8: Testimonios o pruebas en el Estado requerido
- Artículo 9: Archivos oficiales
- Artículo 10: Testimonio en el Estado requirente
- Artículo 11: Traslado de personas detenidas
- Artículo 12: Localización e identificación de personas u objetos
- Artículo 13: Notificación de documentos
- Artículo 14: Registro y embargo
- Artículo 15: Devolución de objetos
- Artículo 16: Productos del delito
- Artículo 17: Compatibilidad con otros acuerdos
- Artículo 18: Procedimiento de consultas
- Artículo 19: Iniciación de procesos criminales en el Estado requerido
- Artículo 20: Ratificación, entrada en vigor y denuncia

Formulario A: Certificado de autenticidad de documentos mercantiles.

Formulario B: Declaración sobre objetos embargados.

El Reino de España, y Los Estados Unidos de América,
Deseosos de cooperar en el marco de sus relaciones amistosas y
Animados por el deseo de cooperar para facilitar la administración de
justicia en materia penal

Han resuelto concluir un Tratado de asistencia jurídica mutua en los
siguientes términos:

ARTÍCULO 1

Objeto del Tratado

1. Los Estados contratantes se prestarán asistencia mutua, de conformidad con el presente Tratado, en cuanto se refiere a las investigaciones y procedimientos en materia criminal seguidos en cualquiera de ellos.

2. La asistencia comprenderá, en particular:

- a) la recepción de testimonio o declaraciones;
- b) la facilitación de documentos, antecedentes y elementos de prueba;
- c) la notificación de documentos;
- d) la localización o identificación de personas u objetos;
- e) el traslado de personas detenidas a los efectos de prestación de testimonio u otros;
- f) la ejecución de órdenes de registro y embargo;
- g) la inmovilización de activos;
- h) las diligencias relativas a embargos e indemnizaciones;
- i) iniciar procedimientos criminales en el Estado requerido;
- j) cualquier otra forma de asistencia no prohibida en la legislación del Estado requerido.

3. La asistencia se prestará con independencia de que el hecho que motiva la solicitud de asistencia sea o no delito en el Estado requerido. Sin embargo, si la asistencia se solicitase a los fines del apartado h) del párrafo 2.º, será necesario que el hecho que da lugar al procedimiento fuese constitutivo de delito y estuviese castigado por la legislación de ambos Estados contratantes con una pena de privación de libertad por un período superior a un año.

4. El presente Tratado se entenderá celebrado exclusivamente con fines de asistencia jurídica mutua entre los Estados contratantes. Las disposiciones del presente Tratado no generarán derecho alguno a favor de los particulares en orden a la obtención eliminación o exclusión de pruebas o a la obstaculización en la cumplimentación de una solicitud.

ARTÍCULO 2

Autoridades centrales

1. Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central a la que corresponderán la transmisión y la recepción de las solicitudes a que se refiere el presente Tratado.

2. Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América la Autoridad Central será el Fiscal General o las personas designadas por él. Por lo que se refiere a España, la Autoridad Central será el Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), o las personas designadas por ella.

3. Las Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre sí, a los efectos del presente Tratado.

ARTÍCULO 3

Límites de la asistencia

1. La Autoridad Central del Estado requerido podrá denegar la asistencia, si:

a) La solicitud se refiere a un delito tipificado en la legislación militar y no en la legislación penal ordinaria, o b) la cumplimentación de la solicitud pudiera atentar contra la seguridad u otros intereses igualmente esenciales del Estado requerido.

2. Previamente a la denegación de asistencia al amparo de lo establecido en el presente artículo, la Autoridad Central del Estado requerido consultará con la Autoridad Central del Estado requirente la posibilidad de acceder a la asistencia con sujeción a las condiciones que la primera estime necesarias. Si el Estado requirente acepta la asistencia con sujeción a tales condiciones, habrá de ajustarse a éstas.

3. Si la Autoridad Central del Estado requerido denegara la asistencia, habrá de informar a la Autoridad Central del Estado requirente sobre las razones de la denegación.

ARTÍCULO 4

Forma y contenido de la solicitud

1. La solicitud de asistencia deberá formularse por escrito, salvo que la Autoridad Central del Estado requerido la acepte en otra forma en casos de urgencia. En tal caso, la solicitud habrá de confirmarse por escrito en el plazo de diez días, a menos que la Autoridad Central del Estado requerido acepte otra cosa. Salvo acuerdo en contrario, la solicitud se formulará en el idioma del Estado requerido.

2. Las solicitudes habrán de incluir lo siguiente:

a) nombre de la Autoridad encargada de la investigación, del procedimiento o de las diligencias, a que la solicitud se refiera;

b) descripción del asunto y naturaleza de la investigación, del procedimiento o de las diligencias, con mención del delito concreto a que el asunto se refiera;

c) descripción de las pruebas, de la información o de cualquier otro tipo de asistencia que se interese;

d) declaración de la finalidad para la que se solicitan las pruebas, la información o cualquier otro tipo de asistencia.

3. En la medida en que sea necesario y posible, las solicitudes incluirán asimismo:

a) información sobre la identidad y la localización de la persona que haya de proporcionar las pruebas que se solicitan;

b) información sobre la identidad y la localización de la persona a quien haya de notificarse un documento, sobre su conexión con las diligencias que se están practicando y sobre la forma en que habrá de procederse a la notificación;

c) información sobre la identidad y el paradero de la persona y objeto que hayan de ser localizados;

d) descripción exacta del lugar o persona que hayan de ser objeto de registro y de los bienes que hayan de ser embargados;

e) descripción de la forma en que hayan de tomarse y hacerse constar los testimonios o declaraciones;

f) relación de las preguntas que hayan de formularse a los testigos;

g) descripción de cualquier procedimiento especial que haya de seguirse en la cumplimentación de la solicitud;

h) información sobre retribuciones y gastos a que tengan derecho las personas cuya presencia se solicite en el Estado requirente;

i) cualquier información que haya de resultar útil al Estado requerido para la mejor cumplimentación de lo solicitado.

ARTÍCULO 5

Ejecución de las solicitudes

1. La Autoridad Central del Estado requerido cumplimentará la solicitud con prontitud o, en su caso, la trasladará a la Autoridad competente. Las Autoridades competentes del Estado requerido actuarán con toda diligencia para la ejecución de la solicitud. Los Tribunales del Estado requerido estarán facultados para emitir citaciones, órdenes de registro y cualesquiera otras necesarias para la ejecución de la solicitud.

2. En caso necesario, la solicitud se presentará a las Autoridades competentes por las personas designadas por la Autoridad Central del Estado requerido.

3. Las solicitudes se cumplimentarán con sujeción a la legislación del Estado requerido, salvo en los casos en que el presente Tratado establezca otra co-

sa. Se seguirá, sin embargo, el procedimiento especificado en la solicitud en tanto en cuanto no resulte prohibido por la legislación del Estado requerido.

4. Si la Autoridad Central del Estado requerido determinara que la ejecución de una solicitud incidiera en una investigación o procedimiento penal que estuviera siguiendo en dicho Estado, podría posponer la ejecución o condicionarla en la forma que se considera necesaria, previa consulta con el Estado requirente. Si el Estado requirente aceptara la asistencia condicionada, habría de someterse a las condiciones establecidas.

5. El Estado requerido se esforzará para mantener el carácter confidencial de la solicitud y de su contenido, cuando la Autoridad Central del Estado requirente así lo demandara. En el supuesto de que la solicitud no pudiera cumplimentarse sin quebrantar tal carácter confidencial, la Autoridad del Estado requerido informará de ello a la Autoridad Central del Estado requirente, a la que corresponderá decidir si la solicitud habrá de cumplimentarse en cualquier caso.

6. La Autoridad Central del Estado requerido responderá a las preguntas que, dentro de un límite razonable, le formule la Autoridad Central del Estado requirente sobre la marcha de las gestiones tendentes a la cumplimentación de lo solicitado.

7. La Autoridad Central del Estado requerido informará con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente sobre los resultados de la ejecución de lo solicitado. Si se denegara la solicitud la Autoridad Central del Estado requerido informará a la Autoridad Central del Estado requirente sobre las razones de la denegación.

ARTÍCULO 6

Gastos

El Estado requerido pagará la totalidad de los gastos relativos a la ejecución de la solicitud, salvo los correspondientes a informes periciales, traducción y transcripción, y dietas y gastos de viaje de las personas a quienes se hace referencia en los artículos 10 y 11, que correrán a cargo del Estado requirente.

ARTÍCULO 7

Límites de utilización

La Autoridad Central del Estado requerido podrá pedir que la información o las pruebas aportadas de acuerdo con el presente Tratado tengan carácter confidencial o se utilicen exclusivamente en los términos y condiciones que se especifiquen. En tal caso, el Estado requirente se esforzará para res-

petar dichas condiciones. La información o las pruebas a las que se hubiera dado publicidad en el Estado requirente de conformidad con el presente Tratado podrán, a partir de ese momento, utilizarse cualquier fin.

ARTÍCULO 8

Testimonios o pruebas en el Estado requerido

1. Cualquier persona que se encuentre en el Estado requerido y de quien se solicite la aportación de pruebas en virtud del presente Tratado, será obligada, en caso necesario, a comparecer y prestar testimonio o aportar cualquier objeto, entre ellos, sin que esta enumeración tenga carácter exhaustivo, documentos, antecedentes y elementos de prueba. La persona que diera falso testimonio, en forma oral o escrita, en cumplimiento de una solicitud, podrá ser enjuiciada y castigada en el Estado requerido conforme a las leyes penales de dicho Estado.

2. La Autoridad Central del Estado requerido informará con antelación, si así le fuera solicitado, de la fecha y el lugar en que tendrá lugar la presentación de testimonio o la práctica de las pruebas a que se refiere el presente artículo.

3. El Estado requerido autorizará la presencia de las personas que se especifiquen en la solicitud durante la ejecución de lo solicitado, y les permitirá que interroguen a la persona cuyo testimonio o pruebas hayan de recibirse.

4. Si la persona que se hace referencia en el párrafo 1 alegara inmunidad, incapacidad o privilegio, de conformidad con la legislación del Estado requirente, el testimonio o las pruebas se recibirán sin perjuicio de ello, informándose de la alegación a la Autoridad Central del Estado requirente, a fin de que éste resuelva lo procedente.

5. Cualquier objeto aportado en el Estado requerido de conformidad con lo establecido en el presente artículo, o que constituyan objeto del testimonio recibido de conformidad con lo establecido en el presente artículo, podrán autentificarse por medio de diligencia de certificación ajustada, en el caso de archivos mercantiles, al formulario A anexo al presente Tratado. Los documentos autenticados mediante el formulario A serán admisibles en el Estado requirente como prueba de la veracidad de los hechos que en ellos se establezcan.

ARTÍCULO 9

Archivos oficiales

1. El Estado requerido facilitará al Estado requirente copias de los documentos, antecedentes o informaciones de carácter público que obren en archivos oficiales.

2. El Estado requerido podrá facilitar copias de cualesquiera documentos antecedentes o informaciones que obren en archivos oficiales pero que no tengan carácter público, en igual medida y con sujeción a las mismas condiciones en que dichas copias se pondrían en España a disposición de la Autoridad judicial y del Ministerio Fiscal y, en los Estados Unidos, a disposición de sus propias Autoridades judiciales y demás autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. El Estado requerido podrá denegar discrecionalmente, en su integridad o en parte, una solicitud formulada al amparo del presente apartado.

3. Los documentos oficiales aportados en aplicación del presente artículo podrán autentificarse de conformidad con lo establecido en el Convenio sobre Supresión de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, de 5 de octubre de 1961. No será necesaria ninguna otra autentificación. Los documentos autentificados de conformidad con lo que se establece en el presente apartado serán admisibles como medios de prueba en el Estado requirente.

ARTÍCULO 10

Testimonio en el Estado requirente

1. Previa solicitud el Estado requerido invitará a una persona en este Estado a comparecer ante la Autoridad competente del Estado requirente. La Autoridad Central del Estado requerido informará con prontitud a la Autoridad Central del Estado requirente sobre la respuesta de la persona en cuestión.

2. La solicitud indicará el límite hasta el cual se correrá con los gastos de la persona invitada. Si la persona lo solicita, el Estado requirente puede facilitarse un anticipo de fondos a cargo de dichos gastos a través de su Embajada en el Estado requerido.

3. La solicitud podrá indicar el límite hasta el cual el Estado requirente dará a la persona invitada garantías de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.4. Si el Estado requirente no ofrece garantías, el Estado requerido lo notificará a la persona debidamente.

4. Todo salvoconducto concedido de acuerdo con este artículo cesará cuando la persona invitada prolongue voluntariamente su estancia en el Estado requirente más de quince días a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por ese Estado o en caso de haberse ausentado del Estado requirente, vuelva a él voluntariamente.

ARTÍCULO 11

Traslado de personas detenidas

1. Cualquier persona detenida en el Estado requerido y cuya presencia en el Estado requirente sea necesaria con fines de asistencia en

los términos en el presente Tratado, será trasladada al Estado requerente, siempre que, tanto la persona en cuestión como la Autoridad Central del Estado requerido, consientan en el traslado.

2. Cualquier persona en el Tratado requerente y cuya presencia en el Estado requerido sea necesaria con fines de asistencia en los términos establecidos en el presente Tratado, podrá ser trasladada al Estado requerido, siempre que la persona en cuestión consienta y las Autoridades Centrales de ambos Estados den su conformidad.

3. A los efectos de este artículo:

a) Correspondrá al Estado receptor la facultad y la obligación de mantener a la persona trasladada bajo su custodia, a menos que el Estado remitente autorizara otra cosa.

b) El Estado receptor devolverá la persona trasladada a la custodia del Estado remitente tan pronto como las circunstancias lo permitan o con acogimiento a lo acordado en otro sentido por las Autoridades Centrales de ambos Estados.

c) El Estado receptor no exigirá al Estado que realiza la entrega que inicie trámites de extradición para el regreso de la persona trasladada, y

d) A la persona trasladada se le computará, a efectos del cumplimiento de la condena que se haya impuesto en el Estado que la entregó, el tiempo que haya permanecido bajo la custodia del Estado receptor.

4. Una persona trasladada al amparo de este artículo no puede, mientras se encuentre en el Estado receptor:

a) ser emplazada, detenida o sometida a cualquier limitación de su libertad personal o causa de cualquier acto anterior a su salida del Estado remitente, salvo conforme a lo dispuesto en el párrafo 3; o

b) sin su consentimiento, ser requerida a dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud.

5. El salvoconducto previsto en el párrafo anterior cesará cuando la persona liberada de acuerdo con el párrafo 3 prolongue voluntariamente su estancia en el Estado receptor más de quince días a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por ese Estado, o en caso de haberse ausentado del Estado receptor vuelva a él voluntariamente.

6. Las personas que comparezcan en un proceso en el Estado requerente al amparo de las disposiciones de este artículo no podrán ser procesadas en base a su testimonio salvo en caso de desacato o falso testimonio.

ARTÍCULO 12

Localización e identificación de personas u objetos

El Estado requerido utilizará todos los medios a su alcance para averiguar el paradero o la identidad de las personas u objetos especificados en la solicitud.

ARTÍCULO 13

Notificación de documentos

1. El Estado requerido utilizará todos los medios a su alcance para notificar cualquier documento relacionado con la solicitud de asistencia formulada por el Estado requirente al amparo de lo establecido en el presente Tratado.
2. El Estado requirente solicitará la notificación de un documento que exija la comparecencia de una persona ante una Autoridad del Estado requirente con la suficiente antelación respecto de la fecha fijada para la comparecencia.
3. El Estado requerido devolverá el justificante de la notificación en la forma especificada en la solicitud, o de cualquier otra que resulte aceptable según lo dispuesto en el Convenio de la Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial.

ARTÍCULO 14

Registro y embargo

1. El Estado requerido cumplimentará toda solicitud de registro, embargo y entrega de cualquier objeto, entre ellos, sin que esta enumeración tenga carácter exhaustivo, cualesquiera documentos, antecedentes o elementos de prueba, siempre que en la solicitud se incluya información que justifique dicha acción según la legislación del Estado requerido.
2. Previa solicitud, cualquier funcionario encargado de la custodia de un objeto embargado, certificará mediante cumplimentación del formulario B anexo al presente Tratado, la continuidad de la custodia, la identidad del objeto y su integridad. No se exigirá ninguna otra certificación. El certificado será admisible en el Estado requirente como prueba de la veracidad de las circunstancias que en él se establezcan.
3. La Autoridad Central del Estado requerido podrá exigir que el Estado requirente se someta a los términos y condiciones que se estimen necesarios para proteger los intereses de terceros de buena fe en el objeto que haya de ser trasladado.

ARTÍCULO 15

Devolución de objetos

La Autoridad Central del Estado requirente devolverá, a la mayor brevedad posible, todos los documentos originales, antecedentes o elemen-

tos de prueba que le hayan sido entregados en ejecución de una solicitud, a menos que la Autoridad Central del Estado requerido renuncie a la devolución. La Autoridad Central del Estado requirente no tiene que devolver las copias así entregadas a menos que la Autoridad Central del Estado requirente lo solicite específicamente en el momento de la entrega de la copia.

ARTÍCULO 16

Producto del delito

1. La autoridad central de cualquiera de los dos Estados avisará a la Autoridad Central del otro Estado acerca de los productos del delito que se estimen situados en el territorio del otro Estado.

2. Los Estados contratantes se asistirán mutuamente, en la medida que la autoricen sus leyes respectivas, en los procedimientos relativos a la incautación de los frutos e instrumentos de delito y su restitución a las víctimas del delito.

3. Los productos o bienes incautados por un Estado contratante al amparo de este artículo quedarán a disposición de dicho Estado conforme a su legislación y procedimientos administrativos internos. Cualquiera de los dos Estados puede transferir dicha propiedad, o el producto de su venta, o un porcentaje del mismo, al otro Estado, en la medida que lo autoricen sus leyes respectivas y en las condiciones convenidas.

ARTÍCULO 17

Compatibilidad de otros Acuerdos

La asistencia y los procedimientos establecidos en el presente Tratado no impedirán que cada uno de los Estados contratantes preste asistencia al otro al amparo de lo previsto en otros Acuerdos internacionales en los que sea parte o de su legislación nacional. Los Estados contratantes podrán también prestar asistencia de conformidad con cualquier convenio bilateral, acuerdo o práctica aplicable.

ARTÍCULO 18

Procedimiento de consultas

1. Las Autoridades centrales podrán celebrar, cuando así lo decidan de mutuo acuerdo, consultas encaminadas a lograr la máxima eficacia en la aplicación del presente Tratado.

2. Los Estados contratantes convienen en celebrar las consultas que resulten oportunas para elaborar otros acuerdos o arreglos específicos, formales o informales, sobre asistencia jurídica mutua.

ARTÍCULO 19

Iniciación de procedimientos criminales en el Estado requerido

1. Cualquiera de los Estados contratantes podrá cursar una solicitud con el fin de iniciar un procedimiento criminal ante las autoridades competentes del otro Estado contratante en el caso de que ambos Estados gocen de jurisdicción para investigar o proceder judicialmente. Dichas solicitudes se transmitirán a través de las respectivas autoridades centrales.

2. El Estado requerido estimará la iniciación de una investigación de un procedimiento judicial en la medida en que resulte pertinente según su legislación, sus prácticas y sus formas procesales. El Estado requerido notificará al Estado requirente las medidas adoptadas en virtud de dicha solicitud.

3. La solicitud y documentos deberán estar redactados en la lengua del Estado requerido o acompañados de una traducción a dicha lengua.

ARTÍCULO 20

Ratificación, entrada en vigor y denuncia

1. El presente Tratado estará sujeto a ratificación y los instrumentos de dicha ratificación se canjearán en Madrid lo antes posible.

2. El presente Tratado entrará en vigor el último día del mes siguiente al canje de los instrumentos de Ratificación.

3. El presente Tratado tendrá una duración indefinida. Cualquiera de los Estados podrá denunciarlo mediante notificación escrita por vía diplomática. La denuncia surtirá efecto a partir del último día del sexto mes siguiente al de la notificación.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados al efecto por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Tratado.

FORMULARIO A

Certificado de autenticidad de documentos mercantiles

Yo..... (nombre), declaro, bajo pena de incurrir en responsabilidad por falso testimonio, que presto servicios en.....
..... (nombre de la empresa cuya documentación se solicita) en el puesto de..... (denominación oficial del puesto y cargo que ocupa). Igualmente declaro que cada uno de los documentos de archivo que se acompañan es original o duplicado del original de cuya custodia está encargado.....
..... (nombre de la empresa cuya documentación se solicita).

Igualmente declaro:

- A) que estos documentos se redactaron en la fecha en que se produjeron los hechos que se establecen, o en fecha muy próxima a ellos por persona experta en la materia (o en virtud de información facilitada por ella);
- B) que se han conservado a lo largo de una actividad mercantil regular;
- C) que la redacción de tales documentos constituye práctica habitual de la actividad mercantil; y
- D) que, en el caso de que el documento no sea original, es duplicado del original.

.....

Firma

.....

Fecha

Prestó juramento o se ratificó ante mí.....
(Notario, Oficial de la Justicia, etc.).

FORMULARIO B

Declaración sobre objetos embargados

Yo(nombre), declaro bajo pena de incurrir en responsabilidad por falso testimonio, que presto servicios en la Administración del Estado (nombre del país) desempeñando el puesto de.....

He recibido, para su custodia, los objetos que se relacionan más adelante, que me han sido entregados por(nombre), en(lugar) a(fecha), y que dichos objetos se encuentran en las mismas condiciones en que fueron entregados (en otro, especifíquese más adelante).

Descripción de los objetos:

Modificaciones operadas durante mi custodia

Sello

.....

Firma

.....

Cargo

.....

Lugar

.....

Fecha

El presente Tratado entrará en vigor en 30 de junio de 1993, último día del mes siguiente al Canje de los Instrumentos de Ratificación, según se señala en su artículo 20.2. El citado Canje tuvo lugar en Madrid el 19 de mayo de 1993.

Reseña de otras normas cuyo contenido incide en el ámbito penal

— Orden de 20 de mayo de 1993, del Ministerio del Interior, por el que se aprueba el modelo de Tarjeta Europea de Armas de Fuego y el de Declaración de Transferencia de Armas de Fuego por armeros autorizados (BOE de 3 de junio de 1993).

— Orden de 3 de junio de 1993, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y la Secretaría del Gobierno, por la que se encomienda al Gobierno Civil de Vizcaya la expedición de Certificaciones de antecedentes penales instadas por los particulares, personalmente o mediante terceros expresamente autorizados (BOE de 4 de junio de 1993).

— Canje de Cartas de 23 de marzo de 1992 y 3 de mayo de 1993, constitutivo de Acuerdo entre España y Francia para la extensión a los territorios franceses de Ultramar del Convenio Europeo n.º 30, sobre Asistencia Judicial en materia penal (BOE de 19 de julio de 1993).

— Canje de Cartas de 23 de marzo de 1992 y 3 de mayo de 1993, constitutivo de Acuerdo entre España y Francia para la extensión a los

territorios franceses de Ultramar del Convenio Europeo n.º 24, sobre Extradición (BOE de 19 de julio de 1993).

— Canje de Notas de 30 de abril de 1992 y 13 de abril de 1993, constitutivo de Acuerdo, por el que se modifica el artículo 11 del Convenio para la represión de crímenes y delitos, concertado entre Bélgica y España el 17 de junio de 1870 (BOE de 26 de julio de 1993).

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por 

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado (1)

(COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE
10 DE MARZO Y 10 DE SEPTIEMBRE DE 1992)

DAVID FELIP I SABORIT

Universitat Pompeu Fabra. Barcelona

«*Advocats i procuradors,
a l'infern de dos en dos*»
(refrán popular catalán)

I

1. Tradicionalmente, la actividad profesional de los abogados y procuradores ha sido objeto de valoraciones opuestas. Junto a un indudable prestigio social y el reconocimiento a su quehacer en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, convive una cierta dosis de recelo hacia estos colectivos, inherente al delicado problema de confiar a manos ajenas la gestión de intereses propios.

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto «Responsabilidades penales por delitos cometidos en el marco de la empresa: criterios de política legislativa», financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia [PB91-0852-C02-01].

2. Francisco inició la edificación de varios chalets en una finca de su propiedad, vendiéndolos durante la fase de construcción a varios extranjeros, sin que las operaciones se inscribieran en el Registro de la Propiedad. Al cabo de unos meses, Sven, uno de los adquirentes, alarmado por las dificultades económicas por las que atravesaba el constructor, consultó la situación al abogado José Luis. Este le indicó la existencia de hasta siete anotaciones preventivas de embargo sobre la finca donde estaba ubicada la urbanización de la que formaba parte el chalet de Sven y solicitó dos millones de pesetas en concepto de provisión de fondos para actuar contra Francisco. Sven manifestó, por carta, que no deseaba gastar tal cantidad sin tener garantías de ganar el caso. Al cabo de dos meses, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia la subasta de la finca. José Luis no comunicó el hecho a Sven y decidió acudir a la subasta. Al ser el único licitador, obtuvo la adjudicación por tres millones de pesetas. Tras fracasar un intento de acuerdo con los afectados, José Luis vendió la finca a un tercero por veintiséis millones de pesetas.

3. Feliciano, abogado en ejercicio, recibió encargo de Luis para que reclamase indemnización de perjuicios por los defectos habidos en la construcción de un chalet encargado por él. El abogado no presentó la correspondiente demanda pero hizo creer a su cliente que el caso iba siguiendo su normal curso procesal. Medio año después, ante la insistencia de Luis, Feliciano le comunicó que había recaído sentencia favorable a sus intereses y que, al no haber sido recurrida, ya era firme. El abogado le entregó una presunta sentencia, que tan sólo era un documento confeccionado por él mismo en papel de oficio y con la estructura y apariencia de una resolución judicial. El satisfecho cliente facilitó una copia a la parte contraria y, tras algunas vicisitudes, se descubrió todo el engaño. Durante la fase de instrucción sumarial, Feliciano entregó a Luis la cantidad que pretendía reclamar en el pleito inicial, por lo que éste manifestó documentalmente que ya no se estimaba perjudicado ni moral ni económica mente.

4. La deslealtad de abogados y procuradores es uno de los pocos casos de incumplimiento de deberes profesionales que dan lugar a responsabilidad penal. Los art. 360 y 361 C.p. prevén la denominada prevaricación de abogados y procuradores. Tales delitos han sido aplicados sólo ocasionalmente (desde la posguerra apenas aparecen una veintena de sentencias en el TS), muestra de la buena salud profesional de los colectivos afectados o, quizás, de las dificultades y deficiencias en la persecución de estas infracciones. En buena correspondencia, la literatura científica española ha prestado una atención residual al tema. Sin embargo, los dos casos reseñados y las correspondientes sentencias del TS pueden justificar un mayor interés (2).

5. Respecto al primer caso, la Audiencia Provincial de Málaga entendió que, a pesar de la carta, la relación profesional entre José Luis, el abogado, y Sven, su cliente, subsistía todavía en el momento de acudir a la subasta. Condenó a José Luis por un delito de prevaricación de abogado y otro de estafa, obligándolo también a indemnizar a todos los compradores de las viviendas por el precio abonado por ellas. Esta decisión fue casada por la STS de 10 de marzo de 1992 (3), que absolió a José Luis de todos los delitos. Con respecto al delito de prevaricación, el TS entendió que el abogado había actuado en error de tipo invencible puesto que creía, al interpretar equivocadamente la carta recibida, que Sven ya no era su cliente en el momento de concurrir a la subasta. A

(2) En este comentario se va hacer especial énfasis en la figura del abogado. Sin embargo, todo lo que se afirme es de aplicación, *mutatis mutandi*, al procurador.

(3) Pte. Sr. Puerta Luis, *Actualidad Penal*, Ref. 407.

pesar de que la sentencia absolutoria se fundaba en la aplicación del art. 6 bis a) par. 1.^º C.p., el TS añadió también:

«Sin que, por lo demás, pueda afirmarse que los perjuicios sufridos por los adquirientes de las viviendas de la urbanización traigan causa directa de la participación del hoy recurrente en la subasta de la finca en la que aquellas estaban construidas o en construcción.» (4)

6. Respecto al segundo caso, Feliciano fue condenado por un delito de falsedad en documento público pero fue absuelto del delito de prevaricación. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó que faltaba uno de los elementos del delito, el perjuicio, ya que el simple retraso de unos meses en la presentación de la demanda no había producido todavía ningún perjuicio, puesto que aún cabía la posibilidad de iniciar el correspondiente pleito. El Ministerio Fiscal presentó un recurso que fue estimado por el TS, en su sentencia de 10 de septiembre de 1992 (5). El abogado fue condenado también por un delito de prevaricación dolosa del art. 360. El TS entendió que:

«el perjuicio puede ser moral o patrimonial y la circunstancia de que, como consecuencia de la indemnización satisfecha, no se haya consumado el perjuicio material por el correspondiente resarcimiento, para nada empece a la existencia del delito.»

7. Ambas sentencias tratan pues, entre otros temas, el problema de cuál es el tipo objetivo de injusto del delito de prevaricación de abogado del art. 360 y, más concretamente, el de qué clase de actuaciones constituyen un perjuicio penalmente relevante desde el punto de vista de este delito. Asimismo, en ambos casos se presenta la posibilidad de que la prevaricación concurra con otros delitos (estafa y falsedad respectivamente), situación que se plantea con cierta asiduidad y que, hasta el momento, ha sido solventado de forma diversa por la jurisprudencia.

II

1. El principal problema que presenta el art. 360 es su imprecisión. La conducta típica se describe con la expresión «perjudicar a su cliente». El tenor literal del precepto admite un número de sentidos posibles muy amplio: daño, disminución causada por algo en el valor de una cosa, en la fortuna, bienestar o salud de alguien. Tal imprecisión puede infringir el mandato de determinación derivado del principio de legalidad. A título de ejemplo, caerían en el mismo saco conductas tan dispares como la realización de una declaración tributaria defectuosa ante la Administración de Hacienda o la no presentación de un recurso a una sentencia penal condenatoria. No es de extrañar que el TS,

(4) Tal vez el TS podría no estar hablando en términos de tipicidad sino de responsabilidad civil cuando hace mención a los perjuicios. En cualquier caso, obsérvese que la absolución se produce por error de tipo, cosa que presupone necesariamente la realización de todos los elementos del tipo objetivo del delito de prevaricación, por lo que la cuestión de cuál ha sido el perjuicio típico permanece abierta.

(5) Pte. Sr. Ruiz Vadillo, *Aranzadi* 7.110.

con cierta coherencia, haya considerado que «perjudicar» es la causación de cualquier daño patrimonial o moral al cliente, fórmula que no supone ninguna concreción significativa. Por otra parte, los esfuerzos interpretativos para restringir el marco gramatical del comportamiento penalmente relevante no se ven facilitados por un bien jurídico claramente delimitado y una ubicación sistemática congruente.

2. El art. 360 se encuentra en el Título VII del Libro II del C.p. (Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos), en el que se amalgama una heterogénea serie de delitos y donde es bastante difícil extraer un denominador común. El propio criterio de un mismo sujeto activo, el funcionario público, tal y como podría deducirse de la rúbrica del título, no se cumple en todos los casos (6). A ello hay que añadir que la posible existencia de un bien jurídico común a todos estos delitos no es especialmente esclarecedora en el caso de la prevaricación de abogado. En primer lugar porque hay quien pone en duda la propia presencia de un bien jurídico genérico para todo el Título VII o que, en caso de existir, sea aplicable a los art. 360 y 361 (7). En segundo lugar, porque, aunque la mayoría de autores consideran que existe un bien jurídico compartido por todos los delitos de este Título, no se ofrecen muchos datos más allá de la constatación de una afectación, en mayor o menor medida, a la función pública entendida como prestación o servicio que la Administración ofrece a los ciudadanos. Por tanto la determinación del bien jurídico protegido se debe efectuar, de forma mucho más acentuada que en otras partes del Código, en cada uno de los delitos correspondientes (8).

3. Tampoco la agrupación de varios tipos en el Capítulo I del Título VII (De la prevaricación, art. 351-361 C.p.) parece ofrecer ningún argumento decisivo en la determinación del objeto de protección. Las tres modalidades que contiene (judicial, administrativa y de abogado o procurador) son muy dispares. Ello obliga a que los dos significados del concepto prevaricar que habitualmente se barajan peleen por exceso o por defecto respectivamente (9). Con el primero, al ser muy general, se avanza poco en el proceso de selección de las conductas punibles. Con el segundo, al ser demasiado concreto, no es posible explicar la prevaricación de abogado tal y como está tipificada en la actualidad.

4. Finalmente, cuando se desciende al nivel de la descripción típica del art. 360 para deducir el bien jurídico afectado (10), los resultados siguen siendo poco satisfactorios.

(6) Son problemáticos los arts. 360, 361, 372, 374, 388, 399, 401.2, 403 y 404 bis b) C.p. Cfr. el análisis de OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 143 y ss.

(7) Así BACIGALUPO, «La reforma de los delitos de funcionarios» en *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1991, pp. 350-52, considera que estos delitos comportan una infracción del deber propio de la función pública desempeñada y una lesión en la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo y judicial conforme a los principios de un Estado de Derecho. Sin embargo, excluye los arts. 360 y 361 por no reunir el sujeto activo la cualificación de funcionario público.

(8) V. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, pp. 136-140 y 332. Una panorámica sobre la discusión doctrinal en GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 23-28.

(9) «Vulneración de alguna clase de obligaciones específicas» (MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8.^a ed., Valencia, 1990, p. 748). «Aplicación torcida del derecho», (BACIGALUPO, «La reforma», p. 356 y BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed. Barcelona, 1991, p. 368, que lo aplica a la prevaricación de abogado).

(10) En este análisis se excluye el descubrimiento de secretos del cliente, donde se produce también la afectación del derecho al honor y a la intimidad de las personas. Así, en el Proyecto de Código penal de 1992 (PCP 1992), la revelación de secretos por parte del abogado se integra en la

rios. Se coincide en que, si bien el abogado no es un funcionario público *stricto sensu*, participa o, al menos, ejerce un papel auxiliar en el ejercicio de algunas funciones públicas, muy especialmente el de la Administración de Justicia (11). Sin embargo, la doctrina considera que ello no es suficiente para explicar todas las conductas incluibles en el tipo, puesto que las actividades que puede realizar un abogado son muy diversas. En consecuencia, junto al interés público convive otro distinto, el particular del cliente, que puede llegar a ser el interés primordial, con lo que se acaba considerando que se trata de un delito plurifensivo (12).

Las aportaciones del TS se han centrado en el art. 361. C.p., manifestando que prima la lesión del deber profesional de colaborar a la actividad jurídica de los particulares sobre la lesión del derecho en concreto del cliente (13). Sin embargo, en el campo del art. 360, se deduce de la práctica jurisprudencial que el interés preeminente (si no único) es el patrimonio y los bienes y derechos de la personalidad del cliente.

III

1. Así las cosas, en el análisis del art. 360 no se presentan discrepancias importantes (14). Las dos modalidades típicas (la actuación en perjuicio del cliente y la revelación de secretos) se desdoblan a su vez en sus respectivas formas dolosas e imprudentes (15). La condición de abogado y procurador, sujeto activo del delito, se ob-

infracción de los deberes de sigilo o reserva de los profesionales (art. 199 PCP 1992) dentro de los delitos contra la intimidad y el domicilio.

(11) La afectación de la prevaricación de abogado a la función pública se ha fundamentado en su incidencia sobre el desempeño de la función jurisdiccional. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, pp. 143-144 y, en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, *La prevaricación*, pp. 30-31.

(12) Así, BUSTOS, *Parte Especial*, pp. 368, si bien, *de lege ferenda*, preconiza la supresión de la dicotomía y que se regule esencialmente la lesión a la función administrativa pública. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona 1984, pp. 240 y ss., considera que el incumplimiento de las misiones de defensa y representación pueden constituir un ataque a la Administración de Justicia, pero no siempre (caso de la actuación extraprocesal en materias de asesoramiento y consulta); propone el traslado de las deslealtades profesionales relacionadas con las actuaciones procesales a los delitos contra la Administración de Justicia. Para RODRÍGUEZ DEVESÁ, *Derecho penal español, Parte especial*, 13 ed. (puesta al día por Serrano Gómez), Madrid, 1990, p. 1133, se protege, según la clase de intervención, la Administración de Justicia, la Administración Pública y la infracción grave de deberes profesionales cuando se actúe extrajudicialmente. Más radicales, en sentidos opuestos, ORTS en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal, Parte especial*, 3.^a ed., Valencia, 1990, pp. 452 y 454, incidiendo especialmente en el interés del cliente como aspecto fundamental y QUERALT, *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 1992, p. 661, que considera a esta clase de prevaricación, junto a la judicial, como un delito contra la Administración de Justicia, sin que parezca que se deduzca de ello especiales consecuencias en la interpretación de la conducta punible.

(13) Cfr. STS 9 octubre 1972 y 29 diciembre 1973 (AA. 4031 y 5111). Puede encontrarse el origen remoto de esta interpretación en la STS 8 julio 1948 (A. 352): «escarnio de la función pública de la abogacía... infracción del deber elementalísimo de lealtad hacia la causa».

(14) V., por todos, SÁNCHEZ OCAÑA en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal comentado*, Madrid, 1990, pp. 683-686.

(15) Aunque limitada a la imprudencia temeraria, la imputación de los comportamientos culposos es un elemento adicional en la construcción de un campo de punibilidad desmesurado para un delito de esta naturaleza. Mención aparte merece la equiparación entre las penas de las conductas dolosas e imprudentes.

tiene mediante la colegiación. Respecto al concepto cliente, precisamente la STS de 10 de marzo de 1993 entiende que aporta un componente temporal al delito puesto que supone que la relación profesional debe estar vigente en el momento de los hechos (16).

2. En el caso de actuación en perjuicio del cliente, se entiende que la conducta típica se realiza cuando en el ejercicio de las respectivas actividades profesionales se ocasiona cualquier clase de daño al cliente. De este modo, el TS ha concebido esta modalidad de prevaricación como un delito de resultado en el que se asocia causalmente un comportamiento desleal o descuidado del abogado a un perjuicio patrimonial o moral para el cliente. Más recientemente se ha indicado que es el comportamiento lesivo característico de este delito es el omisivo, el incumplimiento de los deberes específicos de garantía que incumben al abogado o procurador (17). Respecto al ámbito profesional cubierto por el art. 360, se ha concebido de forma amplia, de modo que abarca tanto las actuaciones ante los tribunales y otras conexas como toda clase de actividades extraprocesales (defensa técnica extrajurisdiccional, consejo y asesoramiento jurídico, etc.) (18). El TS ha tratado habitualmente casos de actuaciones en el campo judicial aunque también se han presentado comportamientos realizados en otros ámbitos (19).

3. La doctrina no ha prestado mucha atención a la cuestión del perjuicio. Se limita a considerar que lo es cualquier tipo de daño, tanto patrimonial como moral, sin más precisiones sobre su naturaleza (20). El TS se ha mantenido en la misma línea. Si se consultan las sentencias al respecto, se observará que en la inmensa mayoría de casos el delito se realiza en el marco de controversias civiles en las que el interés de las partes es únicamente económico. La actuación del abogado suele suponer una lesión del interés de su cliente que se traduce en la imposibilidad de satisfacer total o parcialmente sus pretensiones. El consecuente quebranto económico es, normalmente, absolutamente evidente, con lo que el tema del perjuicio no acostumbra a ser objeto de discusión (21). Ocasionalmente, se ha hecho mención también a la presencia de un perjuicio moral, pero sólo como complemento del perjuicio patrimonial provocado al cliente. Daño moral del que se afirma simplemente su existencia en abstracto, sin establecer, ni siquiera respecto a los casos en concreto, su contenido (22).

(16) La limitación es acertada puesto que los casos de actuación perjudicial *ex post* más peligrosos quedan abarcados por el tipo del art. 361. En cambio el término cliente debe interpretarse de forma distinta en el caso de descubrimiento de secretos, donde continúa existiendo un deber de sigilo profesional penalmente relevante una vez finalizada la relación profesional (V. STS 29 abril 1963, A. 2225).

(17) V. STS 10 noviembre 1990, (A. 8.874).

(18) MORALES PRATS, *La tutela penal*, p. 241.

(19) Así, arrendamiento de inmuebles (STS 3 diciembre 1968, A. 5.124), gestiones ante la Hacienda Pública (STS 1 abril 1970, A. 1610).

(20) V., por todos, MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, 8.^a ed., p. 752. ORTS en COBO/VIÉS/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Parte Especial*, 2.^a ed. p. 453, pone como ejemplo de daño no patrimonial la paralización de un proceso en el que no estén en juego intereses crematísticos.

(21) Así, desahucio (STS 27 noviembre 1950, A. 1721), prescripción de acciones por no formularse la demanda (SSTS 4 julio 1968, A. 3586; 4 abril 1977, A. 1539; 11 octubre 1989, A. 7668), imposibilidad de presentar un recurso por transcurso del plazo (STS 10 noviembre 1990, A. 8874), demora en el pago por un periodo de dos años que ocasiona la continuación de un procedimiento de apremio (STS 11 marzo 1986, A. 1457), imposibilidad de asegurar inmobiliarialmente un crédito por falta de inscripción de un embargo preventivo (STS 3 abril 1974, A. 1679), etc.

(22) V. STS 30 octubre 1980 (A. 3942). El recurrente afirmaba que el embargo preventivo no realizado no hubiera resultado eficaz por existir otros embargos previos que finalmente se ejecutarían hasta agotar el patrimonio del deudor. El TS consideró que, de haber prosperado la pretensión

4. En resumen, doctrina y jurisprudencia no han llegado a precisar suficientemente la prevaricación en perjuicio del cliente. Por eso, no es de extrañar que, cuando se plantean casos como los que son objeto de este comentario, las dificultades afloren rápidamente. Los problemas se manifiestan especialmente en tres ámbitos: a) campo de actividades profesionales típicas, b) concepto de perjuicio como resultado de la acción típica y c) concursos.

a) No se efectúa ningún distingo entre las distintas actividades profesionales del abogado, a pesar de las múltiples facetas que presenta y la distinta importancia que pueden tener cada una de ellas (23).

Una primera delimitación podría efectuarse sobre la base de la exigencia de colegiación para ser sujeto activo del delito y el término «abuso malicioso de su oficio» que se exige en la modalidad dolosa: el perjuicio al cliente debe causarse en el ejercicio de las funciones profesionales de la abogacía; la prevaricación se produce dentro del marco de los actos propios de la profesión, aquellos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico única y exclusivamente a los miembros de la profesión (24). La conducta punible se centraría en las tareas de defensa y consejo jurídico (25). Quedarían por tanto excluidos aquellos comportamientos que, pese a resultar perjudiciales para sus clientes, no constituyen una actividad exclusiva de la abogacía (26). Sin embargo, tal limitación tiene mejor fundamento si se vincula a otra concepción del bien jurídico protegido.

del acreedor, al menos se encontraría su crédito en una situación preferente de cara a bienes futuros: «queda manifiesto así su perjuicio en el orden *material y moral*». Cfr. también STS 11 abril 1977 (A. 1584).

(23) A título de ejemplo, cfr. la extensa y, a pesar de ello, incompleta relación de la STS 10 noviembre 1990 (A. 8875): «Abogado es aquella persona que, en posesión del título de licenciado en derecho, afecta los actos propios de esta profesión, tales como consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o de Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de particiones de bienes, ejercicio de acciones de toda índole frente a las diferentes ramas jurisdiccionales y, en general, la defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente».

(24) Términos utilizados por CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, T. 3, Barcelona, 1972, p. 1047 para el intrusismo (art. 321 C.p.); exclusividad no significa atribución única a la profesión respectiva, sino «cuando no competa a todos los miembros de la sociedad sino tan solo a los individuos de una o varias profesiones» (pp. 1050-51). Por tanto, se trataría de efectuar en la prevaricación la misma delimitación que la realizada en el delito de intrusismo.

(25) Cfr. art. 436 LOPJ. El Estatuto General de la Abogacía (EGA, Real Decreto 2090/1982 de 24 de julio) también se centra en las mismas funciones, si bien la atribución se formula de forma expansiva (v. arts. 8 y 9 EGA). Crítico al respecto, MIR PUIG, «Intrusismo profesional», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991-2, p. 741.

(26) En este sentido y en relación al delito de intrusismo, según la jurisprudencia (STS 2 abril 1979, A. 1546) la realización de trámites administrativos que pueden efectuar directamente los propios particulares no es un acto propio de la profesión (por no tratarse de una contienda jurídica sino administrativa): no es intrusismo la actuación en nombre y representación de varios particulares y alcaldes en ejercicio de la profesión de perito agrícola en los expedientes de expropiación forzosa de varios terrenos con motivo de la construcción de una autopista, formulando un recurso de alzada, acto que los propios interesados podían ejecutar por no ser contencioso. Ahora bien, si en un caso parecido un abogado actúa negligentemente (por ej. no recurriendo a tiempo) es probable que la jurisprudencia entendiese que se trata de un delito de prevaricación.

- b) El concepto perjudicar entendido simplemente como causación de un daño de cualquier tipo al cliente corre el riesgo de identificar la conducta del art. 360 con toda forma de incumplimiento deontológico o contractual, diluyendo las fronteras entre la responsabilidad civil, la disciplinaria y la penal.

La práctica totalidad de comportamientos descuidados o desleales en el ejercicio de la abogacía provocan algún tipo de perjuicio, moral o patrimonial al cliente (27). La disolución del concepto en un daño moral genérico propio de cualquier frustración de expectativas y en un detrimento patrimonial que no es preciso cuantificar elude los problemas dogmáticos que presenta un tipo así concebido (la relación de causalidad y de imputación objetiva entre la conducta y el perjuicio, ejecución imperfecta y desistimiento, umbrales de relevancia típica, etc., problemas que se acentúan en el caso de comisión por omisión) y puede reducirlo, en la práctica, a un delito de peligro (28).

- c) En materia de concursos, al centrarse el desvalor típico en la relación *inter partes*, se ha producido una cierta confusión con otros delitos que protegen los intereses del cliente. Cuando, por ejemplo, el abogado o procurador engaña a su cliente, se apropia del dinero que maneja, altera documentos, etc., la jurisprudencia no ha adoptado una posición unánime. Durante años se ha optado, indistintamente, por soluciones unilaterales del problema en favor bien de la prevaricación, bien del delito que prevé la lesión del interés del cliente lesionado. Sólo de forma esporádica se ha acogido la solución concursal (29).

El caso de la apropiación indebida, es una buena muestra. Habitualmente se ha castigado por el art. 535 C.p. la apropiación de cantidades entregadas por o para el cliente, sin plantearse siquiera la posibilidad de que la prevaricación entrara en juego. Así, el caso de retención, en todo o en parte, de las indemnizaciones cobradas por el abogado o procurador en nombre de su cliente (30); o la distracción del dinero remitido por el cliente para con-

(27) De esta forma, por ejemplo, el cumplimiento defectuoso de las obligaciones complejas derivadas del contrato de arrendamiento de servicios a través del cual se expresa la relación abogado-cliente también supone causar un perjuicio: el abogado que, tras comprometerse a realizar la prestación personalmente, la encomienda a un socio de menor cualificación y prestigio, incluso cuando éste actúe leal y diligentemente, estaría perjudicando a su cliente; podría ser considerado típica también la facturación de servicios o gastos no efectuados realmente.

(28) Problema que si se ha planteado respecto al art. 361. En la STS 11 mayo 1989 (A. 4953), se constata la imposibilidad de demostrar el efecto de la actuación del abogado (en un caso de doble defensa) sobre la resolución final del proceso en el que intervino. En cambio se ha eludido tratar el tema en casos del art. 360.

(29) El fenómeno es atribuible a las Audiencias, que no solían plantearse la posible existencia de varios delitos y que convertían la modalidad imprudente de la prevaricación en un tipo subsidiario de algunos delitos patrimoniales que solamente entraba en juego cuando existen problemas de prueba sobre la intencionalidad de las conductas perjudiciales. Por la propia naturaleza del recurso de casación, el TS no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto al tratarse siempre de recursos del procesado. Cfr., *obiter dictum*, STS 11 abril 1977 (A. 1584).

(30) V. SSTS 16 marzo 1957 (A. 907), 29 enero 1990 (A. 529) y 25 febrero 1991 (A. 1424). Fuera de la actividad estrictamente judicial, v. SSTS 30 octubre 1971 (A. 4081), 19 enero 1981 (A. 148) y 29 marzo 1984 (A. 1456).

signar fianzas, deudas o realizar otras actuaciones procesales (31). Sin embargo, en algunas ocasiones, casos idénticos han sido considerados únicamente delito de prevaricación (32). Sólo en un caso se han apreciado ambos delitos (33).

5. En suma, la excesiva atención sobre la lesión concreta de un interés individual del cliente en combinación con una formulación típica tan imprecisa como el término perjudicar provoca que el tipo del art. 360 no cumpla plenamente su función, la de selección de los comportamientos constitutivos de un injusto penal específico. Por todos estos motivos, parece adecuada una reorientación del tipo sobre la base de algún clase de restricción teleológica. Una nueva formulación del bien jurídico protegido puede ser el instrumento idóneo para esta tarea.

IV

1. El elemento esencial para precisar el bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación de abogado es la determinación de qué aspectos cualifican su actividad profesional hasta el punto de convertir la infracción de un deber en un delito. ¿Qué función pública o semipública puede estar desempeñando? ¿Qué interés individual puede verse gravemente afectado sin estar ya satisfactoriamente protegido por otros sectores del ordenamiento o, incluso, por las normas jurídico-penales que tutelan el patrimonio, el honor o la intimidad de las personas? ¿Qué importancia debe tener para que precise protección frente a las conductas imprudentes del abogado?

2. En principio, podrían ser dos los objetos protegidos por los delitos de prevaricación de abogado: a) el interés individual el cliente y b) la función social de la abogacía

a) Los intereses particulares (de muy diversa índole según los casos) se encuentran en una situación de mayor desamparo y peligro frente a las actividades del abogado que frente a la de terceros, con los que no rige una presunción de confianza y de actuación en favor del cliente tan estricta.

b) La abogacía cumple una función social cada vez más importante. La complejidad del ordenamiento jurídico hace imprescindible muy a menudo la intermediación de un experto entre el ciudadano y el Derecho. No sólo para hacer valer sus derechos o pretensiones sino incluso para conocer y cumplir muchas de sus más elementales obligaciones. Hoy en día, la abogacía es medio imprescindible para la participación del individual en

(31) V. SSTS 4 febrero 1971 (A. 483), 31 mayo 1977 (A. 2476) y 22 febrero 1990 (A. 2966). Fuera del ámbito estrictamente judicial, v. STS 10 noviembre 1973 (A. 4461).

(32) V. SSTS 31 enero 1970 (A. 806) y 11 abril 1977 (A. 1584), consignación de la deuda reclamada; 30 octubre 1980 (A. 3942), fianza para un embargo preventivo. Todas ellas consideran que la retención de las cantidades entregadas es un delito de prevaricación, en su forma culposa (v. *supra* nota 28). Tema distinto es que siempre sea afortunada la valoración hecha en primera instancia de los hechos: no parece obra de un descuido la demora en el pago durante dos años, pese a la insistencia continuada del cliente (STS 11 marzo 1986, A. 1456, pago de costas a la parte contraria).

(33) V. STS 27 noviembre 1950, (A. 1721): un procurador recibe el dinero destinado a consignar unos alquileres con el fin de enervar la acción de desahucio; al no hacerlo, se produce el lanzamiento de su cliente.

los procesos sociales (34), por lo que existiría un interés colectivo en su correcto funcionamiento. La deslealtad o la falta de cuidado en el ejercicio profesional, entendiéndose este en un sentido amplio, podría socavar la confianza ciudadana en la abogacía e inutilizar su función social (35).

Por tanto la combinación de estos dos intereses puede ser merecedor de tutela penal. Sin embargo no está tan claro que exista esa necesidad de protección de frente a un elenco de perturbaciones tan diversas como las contenidas en la actual formulación típica del art. 360.

3. En primer lugar, obsérvese que, para preservar su función social, la abogacía goza de un especial *status jurídico*. Bajo la vigilancia de sus colegios profesionales, se regula y limita el ejercicio de la profesión y se la mantiene, en parte, al resguardo de las presiones del mercado (36). El Derecho disciplinario colegial (con medidas que pueden llegar a los dos años de suspensión) se encarga de evitar que los propios profesionales lesionen desde dentro a la institución. En este contexto, parece coherente la penalización de las conductas más graves (así, la traición de parte del art. 361) pero no el planteamiento indiscriminado del art. 360. En segundo lugar, la simple lesión de la relación contractual no es suficiente para fundamentar la relevancia penal de la causación de un perjuicio. Quien contrata a un abogado asume el riesgo de incumplimiento al igual que con cualquier otro profesional y el ordenamiento civil le proporciona instrumentos para resarcirse en su caso. Protección que puede verse complementada penalmente, siempre que la importancia de los bienes jurídicos y la gravedad de la lesión lo justifique, por los correspondientes tipos específicos (así, por ejemplo, en el ámbito patrimonial la estafa y la apropiación indebida, o el propio art. 360 en su modalidad de revelación de secretos en referencia a la intimidad).

4. El incumplimiento contractual o deontológico de expertos socialmente tan imprescindibles como un abogado, o más, como podrían ser un ingeniero, un médico o un asesor financiero, escapa del control penal. A primera vista, no parece claro que quien interpone un recurso administrativo por un problema urbanístico atendiendo las indicaciones de un mal arquitecto merezca menor protección que la que corresponde a quien es asesorado por un mal abogado. Un contrato mal redactado por un abogado pue-

(34) Respecto a esta concepción del bien jurídico, v. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 136 ss. y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 270 ss.

(35) La doctrina dominante en Alemania considera que el bien jurídico protegido en el delito de traición de parte (§ 356 StGB) es la *Funktionsfähigkeit* de la abogacía y de otros consejeros legales (v., por todos, RUDOLPH/HORN/SAMSOM, *Systematisches Kommentar zum StGB*, BT, 4.^a ed., Frankfurt, 1991, § 356, n.^o marg. 1-3). Sin embargo, antes de trazar ningún paralelismo, hay que tener en cuenta que, en la RFA, a diferencia de España: a) no se castigan genéricamente todas las actuaciones en perjuicio del cliente; b) los tipos se refieren también a otras profesiones jurídicas; c) su inclusión entre los delitos realizados por los funcionarios (*Amtstdelikte*) tiene solamente un fundamento histórico. Creo que esta afectación a la función social de la abogacía justifica plenamente la existencia del art. 361 C.p., puesto que la traición de parte, en tanto que violación más grave posible del deber de lealtad a los intereses encomendados, destruye, en cualquier ámbito profesional del abogado, la confianza sobre la institución.

(36) Se persigue penalmente el intrusismo, se establece la colegiación obligatoria, se prohíbe la publicidad, se establecen baremos indicativos de sus tarifas, se prohíbe el pacto de *cuota litis*, se asegura legalmente el cobro preferente de sus honorarios, se impide que el cliente moroso pueda contratar otro abogado, se le protege especialmente ante reclamaciones de sus clientes, etc. Además, aunque responda a otras motivaciones, la obligación a someterse a la dirección técnica de un abogado en la mayoría de procedimientos jurisdiccionales asegura a la abogacía un mercado cautivo.

de ser tan dañino como una actuación errónea de un perito agrónomo. Así mismo, la deslealtad o negligencia en el ámbito de otras profesiones jurídicas tampoco merece un tratamiento específico, a pesar de que pueden compartir parcialmente con los abogados algunos campos de actividad profesional, especialmente en la consulta y asesoramiento jurídico. Piénsese en el caso de los notarios, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria, graduados sociales e, incluso, profesores de universidad. (37) ¿Por qué un dictamen defectuoso debe tener repercusiones penales específicas para un abogado y no para un catedrático de Derecho?

5. No parece que la relevancia social de una profesión implique *per se* el merecimiento y la necesidad del proteger penalmente todas las prestaciones que ofrezca a los ciudadanos, ni que, en el caso de la abogacía los clientes precisen una protección generalizada. Atendiendo a criterios de subsidiariedad y fragmentariedad propios de un Derecho penal moderno, el objeto de protección del delito de actuación en perjuicio del cliente debe ser más concreto.

V

1. Ahora bien, la situación es distinta si se supera la perspectiva de la simple relación *inter partes* y se profundiza en la relación del abogado con el funcionamiento de la Administración de Justicia, ya apuntada por la doctrina pero no suficientemente aplicada a la regulación vigente. Más concretamente, con la prestación que esta parte de la Administración Pública está obligada a ofrecer a todos los ciudadanos: la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de cualquier ciudadano (art. 24 CE) (38).

2. En un Estado moderno se prohíbe a los ciudadanos la autotutela de sus intereses por las vías de hecho. En contrapartida, se reconoce el derecho a defendélos jurídicamente (39). El Estado se obliga a crear instrumentos adecuados a ese fin, los órganos jurisdiccionales, y a asegurar que puedan ser utilizados. La fórmula con que se instrumentaliza el derecho a la defensa jurídica es el derecho a la tutela judicial efectiva: toda pretensión fundada en el ordenamiento jurídico debe ser atendida por un órgano estatal independiente en un proceso investido de garantías que hagan posible una defensa ade-

(37) En la STS 1 abril 1968 (A. 1610) se condena a un abogado por hechos que también podría haber realizado un gestor administrativo sin consecuencias penales.

(38) Bajo el concepto de tutela judicial se efectúa una unificación terminológica de los dos apartados del art. 24 CE (derecho a la jurisdicción en sentido estricto y el derecho a un proceso con todas las garantías). Sin embargo, no se toma con ello partido en la necesidad o no de distinguir claramente el precepto general del 24.1 de las diferentes cláusulas del 24.2 (cfr. MORENO CATENA, en ALMAGRO/CORTÉS/GIMENO/MORENO, *Derecho procesal. Parte general, proceso civil*, vol. I, Valencia, 1990, p. 182 y ALONSO GARCÍA, «El art. 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales» en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, pp. 994 y ss.). La prestación debida por los poderes públicos, que es lo que aquí interesa, es la tutela jurisdiccional (art. 24.1 CE) en las condiciones indicadas por el art. 24.2 CE.

(39) V. ALMAGRO NOSETE, «Artículo 24. Derecho procesal» en ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, T. III, p. 31: «... que consiste en el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)». V. también STC 48/1984 de 4 de abril y FIGUERUELO BERRUEZO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1990, pp. 49-52.

cuada (40). Dada la complejidad de este servicio público, la posibilidad de dotarse de asistencia técnica es fundamental o, de lo contrario, la prestación jurisdiccional queda vacía de contenido (41). El derecho a la defensa técnica, en tanto que presupuesto del derecho a la defensa jurídica, constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (42). Por esa razón no sólo se admite el asesoramiento sino que, en la mayoría de procesos, los ciudadanos están obligados a actuar representados por un procurador y asistidos técnicamente por un abogado.

3. Cuando los órganos jurisdiccionales se ponen en funcionamiento para cumplir su misión, se presupone que los técnicos que asisten al ciudadano actúan diligentemente en interés de éste. Un ejercicio desleal o descuidado comporta que, pese a que no existe ninguna anomalía en los mecanismos internos de la actividad jurisdiccional (jueces y funcionarios que les sirven de apoyo prestan normalmente su servicio), el ciudadano no puede beneficiarse realmente de esta prestación del Estado, puesto que se realiza en condiciones distintas a las previstas de ordinario. El abogado se convierte en una barrera entre la Administración de Justicia y el ciudadano en lugar de ser una vía de comunicación. A grandes rasgos, esta afectación al derecho a la tutela judicial efectiva se producirá cuando se impida el acceso a la Administración de Justicia; cuando se obstaculicen, durante el proceso, las posibilidades de defensa o de obtener una resolución en un plazo razonable; o cuando se impida la efectividad de la sentencia (43).

4. Así pues, en el delito de prevaricación de abogado se afecta la función de la Administración de Justicia (bien jurídico protegido) pero no internamente (como se produce cuando el sujeto activo es un funcionario) sino desde fuera, a través de la lesión directa del derecho a la tutela judicial efectiva del particular, que será el objeto material del delito. Por lo tanto, para el Derecho penal, los deberes de actuación en beneficio del cliente o de cuidado en la defensa técnica no son fruto de la obligación contractual entre las partes o una fórmula de protección de la profesión sino que emanan de las necesidades de protección de un servicio público, cuya prestación es constitutiva de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y que, sin la intervención leal y diligente del abogado, se ve afectada de forma esencial (44). De esta forma el perjuicio de los intereses del particular adquiere una dimensión pública y el injusto realizado queda cualificado penalmente. Fuera del ejercicio del derecho fundamental, el incumplimiento del

(40) GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989, p. 43.

(41) ALMAGRO NOSETE, «Artículo 24», p. 52: «defensa se refiere al conjunto de actividades de patrocinio jurídico que realiza el abogado en relación con el campo que se le confía». Esta actividad, para asegurar la efectividad del derecho, debe ejercerse bajo el principio de lealtad o actuación en interés del cliente y a la Administración de Justicia.

(42) Por ello, el TC no sólo considera que el derecho a la jurisdicción no sólo se garantiza con la asistencia técnica gratuita en caso de imposibilidad económica en los procesos en los que es preceptiva tal asistencia sino que debe hacerse extensible a los procesos en los que no se exige tal requisito siempre que ello no produzca desigualdad entre las partes. Cfr. la jurisprudencia constitucional recogida al respecto en GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela*, pp. 136-143.

(43) V. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela*, pp. 43-45.

(44) Entiéndase bien, no se está afirmando que con el delito prevaricación se está vulnerando el derecho reconocido en el art. 24 CE. La lesión ha este derecho sólo puede efectuarlo la Administración Pública y, en el caso de la prevaricación de abogado, los poderes públicos no son responsables de la indefensión: el TC ha determinado que cuando la situación de indefensión contraria al art. 24 deriva de actuaciones de la propia parte no existe infracción imputable a los poderes públicos. (Cfr. al respecto, ALONSO GARCÍA, «El art. 24 CE», pp. 981-986). Lo que se afirma es que, materialmente, la situación creada es idéntica a un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo que se afecta a su función.

abogado pierde relevancia penal específica y queda al mismo nivel que el de cualquier profesional. Todo lo anterior permite justificar la ubicación del delito en el Capítulo VIII del Cp. Sólo en su calidad de mediador entre su cliente y la Administración de Justicia, se puede afirmar que el abogado participa de una función pública o, si se quiere y en un sentido muy laxo, que es un funcionario público.

5. El detrimento de los intereses particulares afectados por la falta de tutela podrá incidir en la determinación de los niveles mínimos de relevancia típica y como criterio de determinación de la pena pero, en modo alguno, fundamentar directamente el injusto penal del delito de prevaricación de abogado, puesto que en Él se está protegiendo un bien jurídico supraindividual, la prestación de tutela jurisdiccional a derechos e intereses legítimos a través de la Administración de Justicia. Por lo tanto, si se entiende que en el art. 360 se castiga la lesión de las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos en sus tres manifestaciones básicas (acceso, proceso y ejecución) y esta es la función esencial de la Administración de Justicia, sin duda será más correcta su ubicación en el título correspondiente (Título IV, Delitos contra la Administración de Justicia), tal como sucede en el caso del PCP-1992 (45). En cualquier caso, ello no empece para que, con la actual ubicación sistemática, no sea posible la interpretación propuesta y los consiguientes efectos restrictivos que comporta.

VI

1. Esta concepción del bien jurídico protegido en el delito de actuación en perjuicio del cliente supone la reducción del campo de actividades de la abogacía susceptibles de ser típicas. Este quedaría limitado al ámbito determinado por el art. 24 CE: todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo, social y constitucional) (46). En consecuencia, pese a satisfacer formalmente los requisitos típicos, quedarían excluidas las actividades frente a particulares y a la Administración extrajurisdiccional. Ello no significa, sin embargo, que las posibilidades de incriminación se vean reducidas estrictamente a las actuaciones procesales realizadas u omitidas por el abogado, lo que llevaría a una judicialización absoluta del delito. Como se verá, también en los casos de afectación al acceso a la tutela judicial se presentan situaciones no estrictamente forenses. En cualquier caso, existe un campo no jurisdiccional en el que, según el TC, las garantías del artículo 24 son aplicable en algunos casos: el Derecho administrativo

(45) V. art. 445 y 446 PCP-1992, recogidos en el Título XVII («Delitos contra la Administración de Justicia»), capítulo VII («De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional»). En el art. 445 se regulan conjuntamente actos de infidelidad al proceso y actuaciones en perjuicio de los intereses que le han sido encomendados. De forma aún más evidente que en el Código actual, se concibe la prevaricación del abogado como un atentado (a través de los derechos del cliente) a la función jurisdiccional. En este sentido MAGALDI-GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal» en VV.AA. *Documentación jurídica*, n.º monográfico dedicado al Anteproyecto de 1983, (1985), pp. 475-476 y 479.

(46) Con ello se salvaría en buena medida la situación discriminatoria en relación con otras profesiones jurídicas. Entre los casos problemáticos que quedarían sin resolver destacan, en el orden social, la situación de impunidad de los graduados sociales frente a los procuradores, situación que puede ampliarse si ejercen, como de hecho ocurre, funciones de dirección técnica propias del abogado durante el proceso. Reflexión aparte merecería el problema de las jurisdicciones internacionales y, muy especialmente, la comunitaria.

sancionador. Siguiendo esta línea, en los procedimientos de imposición de sanciones en los que la asistencia técnica se convierte en un elemento esencial del derecho a la defensa, la actuación del abogado podría quedar incursa en el delito de prevaricación (47).

VII

1. Sobre la base del bien jurídico protegido y el objeto material en que se encarna, también es posible proponer una nueva interpretación del concepto perjuicio del art. 360. La conducta deberá producir una nueva situación en la que hayan desaparecido o disminuido sensiblemente las posibilidades, existentes en el momento de realizar la conducta típica, de obtener, en el tiempo y condiciones legalmente previsibles, una resolución judicial favorable y efectiva. En otras palabras, cuando el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos no pueda ejercerse a través de los órganos jurisdiccionales por una acción u omisión del abogado en la dirección técnica de esta defensa. Siguiendo los tres momentos en los que despliega efectos el derecho a la jurisdicción, ello sucederá cuando:

- a) Se impida o obstaculice el acceso a la Administración de Justicia con cualquier actuación que vete o modifique sensiblemente el acceso al proceso. Ejemplo: caducidad de la acción por retraso en la formulación de la demanda atribuible al abogado.
- b) Se impida participar en el proceso en condiciones de igualdad realizando actividades conducentes a su más favorable conclusión, cosa que sucederá cuando no se pueda alegar y probar todo aquello que pueda resultar provechoso para la pretensión del cliente. Ejemplo: no presentar un recurso de apelación.
- c) Se impida que el fallo judicial se cumpla. Ejemplo: no instar una ejecución.

En todos estos casos el ejercicio incorrecto de las funciones del abogado supone la imposibilidad de disfrutar de la tutela jurisdiccional o de hacerlo en las formas constitucionalmente garantizadas.

2. La principal dificultad estribará en determinar cuándo existe una afectación relevante del objeto material del delito, el derecho a la tutela. La distinta naturaleza de los diversos órdenes jurisdiccionales y de las pretensiones del cliente en cada caso condicionarán el nivel mínimo de relevancia típica. Sin embargo no se precisa la efectiva lesión de la pretensión aunque se entienda en un sentido amplio como cualquier resultado del proceso que no sea favorable a los intereses del cliente (48). Así, por ejemplo, el abogado que tras no preparar en absoluto su intervención en el juicio oral de un proceso penal efectúa una defensa desastrosa de su patrocinado está perjudicándolo —en el sentido

(47) V. ALONSO GARCÍA, «El artículo 24.1 CE», pp. 989-990 y la STC 190/1987 citada por este autor. Estos casos podrían presentar problemas si se traslada la prevaricación a los delitos contra la Administración de Justicia.

(48) En relación al interés particular del cliente, y a efectos de valorar la distorsión en la función jurisdiccional, la estructura de esta modalidad de prevaricación se presentaría como un delito de peligro concreto.

del art. 360 CP— a pesar de que el proceso finalice en una sentencia absolutoria por falta de pruebas. Se ha creado una situación de indefensión y, por tanto, se ha lesionado el efectivo derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de un proceso con todas las garantías debidas. En definitiva, la función jurisdiccional se ha prestado anómalamente por causas no imputables a la Administración de Justicia sino al abogado.

3. Finalmente, debe exigirse una afectación *directa* de la prestación. Por ello, no serán típicas (desde el punto de vista del art. 360) las actuaciones del abogado que lesionen directamente un interés del cliente hasta el punto de modificar su contenido, con lo que ya no sería posible defenderlo es su estado primario durante el proceso. Ejemplos: un abogado, al redactar un contrato, olvida algunas cláusulas en perjuicio de su cliente; un abogado aconseja mal a su cliente y éste acepta una indemnización muy inferior a la que tenía derecho. Ello no obsta para que muchas de estas lesiones indirectas sean punibles a través del art. 361 C.p.

VIII

1. Cuando la infracción de los deberes profesionales en perjuicio del cliente adoptan formulaciones típicas previstas en otros delitos, la solución correcta será el concurso correspondiente. El contenido global de injusto del hecho (lesión al interés particular y lesión al derecho a tutela judicial) solamente podrá ser aprehendido por los dos delitos conjuntamente. En cada caso debe determinarse si existe unidad o pluralidad de hechos para establecer la clase de concurso de delitos de que se trate. En cualquier caso, es incorrecta la apreciación de un concurso aparente de normas.

2. De este modo, respecto al caso paradigmático de la apropiación indebida es posible distinguir dos clases de situaciones:

- a) Aquellas en que no existe un delito de prevaricación por no ser el ocasionado un perjuicio típico desde el punto de vista del art. 360 sino, exclusivamente, una desposesión patrimonial, como sucede en los casos que afectan a la apropiación de indemnizaciones y otras cantidades fruto del cumplimiento o ejecución de una sentencia firme.
- b) Aquellas en que se presenten los elementos típicos de ambos delitos, en cuyo caso no existe ningún inconveniente para apreciar un concurso, normalmente ideal. Mientras que con el tipo de prevaricación se valora la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva, con el tipo de apropiación se valora la lesión patrimonial (49).

(49) De todas formas, incluso desde la perspectiva tradicional, es sorprendente que no se generalizase la solución del concurso prevaricación-apropiación puesto que, muy a menudo, el objeto material de la apropiación es claramente distinto a la pretensión del cliente que se ve perjudicada. El ejemplo más característico es el caso de la no consignación por apropiación de la cantidad entregada a tal efecto por el cliente.

IX

1. Como ya se ha indicado, en la primera sentencia se absuelve al abogado por error de tipo invencible. Ello no es obstáculo para afirmar que, incluso en el caso de no haber existido el error, la conducta del abogado habría sido deontológicamente censurable pero penalmente impune. Sobre la base de los hechos probados (50), hay que reconocer que la simple participación del abogado de en la subasta no constituye una lesión directa a las perspectivas de tutela de los intereses de su cliente. Tampoco lo es el hecho de no comunicar a Sven la existencia de la subasta judicial, puesto que ésta no constituye el momento procesal para intervenir en defensa de derechos e intereses legítimos afectados por el proceso. Durante la licitación Sven no es una parte ejerciendo su derecho a la defensa contradictoria sino simplemente un tercero más. Por tanto, la deslealtad del abogado en este aspecto no constituye un perjuicio típico. Solamente existiría delito si se hubiese impedido la participación en el proceso en un momento previo y siempre que existiesen algunas posibilidades serias de evitar la culminación de la ejecución. Sin embargo, tales posibilidades, con los datos disponibles parecen muy remotas (en su posición, el ejercicio de una tercera de dominio está prácticamente descartada). Además otras formas de defensa jurídica como las de dirigirse con mayor o menor fortuna, contra el constructor o contra el nuevo propietario —o, incluso, la propia vía penal— no se han visto alteradas. No existe perjuicio por que no existían posibilidades serias de defensa jurídica y, por tanto, la prestación de la Administración de Justicia no se ha visto afectada.

Respecto al hipotético delito de estafa, el TS absuelve al abogado por entender que no concurren ninguno de los elementos típicos del delito. A primera vista parecen plenamente correctos los argumentos del Tribunal. En lo referente al problema que aquí se ha tratado, importa señalar que en caso se haberse apreciado el delito de estafa, es acertado castigar, tal como hace la Audiencia, por la realización de ambos delitos, a diferencia de lo que ha venido siendo habitual en la jurisprudencia.

2. El segundo caso presenta el difícil problema de valorar la trascendencia de un retraso achacable al abogado. Aún no se había llegado al extremo de destruir todas las posibilidades de acceso al proceso, requisito que la Audiencia considera necesario para hablar de perjuicio. Sin embargo, existe una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva del cliente. En primer lugar debe tenerse en cuenta la magnitud del retraso: nueve meses, por lo menos, con la agravante de que el abogado desviaba todos los intentos del cliente destinados a esclarecer la situación. En segundo lugar, el orden jurisdiccional y la pretensión aducida: se trata de una demanda civil por daños y perjuicios cuya cuantía no consta en la sentencia del TS, aunque no parece que sea muy elevada. Sobre este eje de coordenadas hay que proceder a la evaluación conjunta de los datos concurrentes en el caso y reconocibles *ex ante* por el sujeto activo. Algunos son efectivos perjuicios comprobados, otros, riesgos directamente proporcionales al transcurso del tiempo:

- a) Incidencia sobre la participación en el proceso: aumento de las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo, posibilidad de modificaciones legislativas en perjuicio del demandante, etc.

(50) La situación hubiese sido completamente distinta (y probablemente los hechos tendrían mayor sentido) si se hubiesen probado las tesis de los querellantes: existía una operación, en la que participaba también el abogado del constructor, destinada a impedir que tanto éste último como el resto de afectados pudieran conocer el curso del proceso de ejecución e impedir la subasta.

- b) Efectividad del fallo judicial: insolvencia sobrevenida del demandado, constitución de créditos posteriores preferentes, etc.
- c) Efectos directos del retraso en la tutela sobre la pretensión del demandante: intereses legales a los que no se tiene derecho, daños patrimoniales y morales por el retraso en la obtención de la satisfacción de la pretensión, *dolor procesal* por el hecho de verse envuelto en una controversia judicial, etc.

En términos generales y a falta de algunos elementos que se desconocen, creo que existe una afectación relevante a la prestación de la tutela judicial efectiva, concretamente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (mejor dicho, acceso al proceso sin dilaciones indebidas) imputable al abogado. Sin estar de acuerdo en la fundamentación del TS (que se mantiene en la línea jurisprudencial tradicional en materia de bien jurídico y concepto de perjuicio), creo que la condena impuesta por el TS es perfectamente correcta. Finalmente, en el tema de las falsedades, al no ser el cliente el titular del bien jurídico lesionado, parece que no existe en los tribunales tantos problemas para deslindarlo de la prevaricación. En este caso concreto se presenta en concurso real, puesto que la confección del documento falso es posterior a la consumación de la prevaricación.

3. Para finalizar, es de señalar que todas las propuestas efectuadas son un intento, restrictivo en la mayoría de ocasiones, de reinterpretar el delito de prevaricación de abogado en su configuración actual. Sin embargo, cara a futuras reformas y atendiendo a los argumentos político-criminales expresados anteriormente (v. *supra* V), quizás sería aconsejable la despenalización de buena parte de estas conductas (como mínimo en su modalidad imprudente) manteniendo como eje central de la deslealtad profesional la traición de parte del art. 361 (51).

(51) En este sentido es interesante y novedosa la postura *de lege ferenda* de CORCOY BIDA-SOLO, «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena», *ADPCP*, 1992, pp. 113 y ss. Se propone distinguir los delitos que afectan de modo inmediato a la eficacia preventiva de las normas penales de aquellos que únicamente afectan al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Para estos últimos (entre los que quedaría incardinado la prevaricación de abogados y procuradores) preconiza la despenalización o, caso de mantenerse, tratarlos unitariamente con los otros delitos contra la Administración Pública.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN MARZO-JULIO 1993 Y CON APLICACION
EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Artículo 14

Prohibición de discriminación por motivos de opinión

(Ver Sentencia núm. 63/1993, de 1 de marzo, sobre *Valoración de la prueba—Artículo 741 L.E.Cr.*)

Artículos 20.1 a y 20.1 d

Derecho a la libertad de expresión y derecho a comunicación información veraz

«Nuestra Constitución distingue, de manera clara y precisa, la libertad de expresión [art. 20.1 a)] y el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d)], consagrándolos como derechos fundamentales que deben ser objeto de tratamiento plenamente diferenciado en cuanto que sus condiciones de legítimo ejercicio no son confundibles entre sí, dado que, mientras en el primero lo esencial es que no se empleen expresiones formalmente injuriosas o vejatorias, en el segundo es además decisivo el canon de la veracidad de la noticia, y ello aparte de la relevancia de la noticia transmitida para la formación de la opinión pública.

En la demanda se desconoce esa diferenciación, pues se reducen ambos derechos a unidad, invocándolos conjuntamente sin separación alguna. Es por ello que nos veamos obligados previamente a determinar cuál de esos derechos es el que realmente pretende haber ejercitado el recurrente.

La libertad de expresión, según ya dijimos en la STC 6/1988 tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el que deben incluirse las creencias y los juicios de valor; en cambio, el derecho a comunicar información versa sobre hechos o, dicho con mayor precisión, sobre hechos que puedan considerarse notificables. Ocurre, sin embargo, que en la realidad es frecuente que los elementos de una y otra significación aparezcan entremezclados, siendo en tales supuestos obligado atender al elemento que aparezca como preponderante.

En el presente supuesto no puede abrigarse duda alguna de que nos hallamos ante el ejercicio del derecho a comunicar información, puesto que se trata de un conjunto de artículos periodísticos que se refieren a hechos —concretamente al asesinato de un Abogado—, destacando claramente como elemento preponderante el informativo, aunque en ocasiones se haga referencia al comportamiento genérico de la víctima o se incluyan juicios de valor, que en modo alguno alteran aquella calificación.

Estando, pues, en presencia del derecho a comunicar información, el objeto del recurso de amparo queda limitado a examinar si el demandante ha respetado el requisito de veracidad, que condiciona la legitimidad de su ejercicio, dado que, en relación con el del interés público de la noticia, no se plantea cuestión alguna.

Sobre la veracidad de la información, este Tribunal Constitucional ha establecido una consolidada Doctrina (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 240/1992, entre otras), que sintetizamos, reiterando nuevamente que la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, puesto que las afirmaciones erróneas o equivocadas son inevitables en un debate libre, sino que impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable, de la veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y razonablemente contrastada es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario negar la garantía constitucional a quienes actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, transmitiendo, de manera negligente o irresponsable, como hechos, simples rumores carentes de toda constatación o meras opiniones gratuitas que, realmente son insinuaciones insidiosas.

En el caso aquí contemplado nos encontramos ante una serie de artículos periodísticos en los que su autor, de manera sistemática y abundante, introduce afirmaciones, algunas hechas incluso en tono jocoso, que presentan a la víctima de un asesinato como una persona entregada a una vida deshonrosa e inmoral, tanto en el terreno profesional como en el familiar y social, imputándose conductas degradantes absolutamente incompatibles con el más elemental concepto del honor y dignidad. Pues bien, a pesar de la gravedad de las imputaciones, en ningún momento el autor de la información ha manifestado o alegado, que hubiese empleado de diligencia en comprobar la veracidad de sus asertos y tampoco en las actuaciones judiciales o en este recurso de amparo existe circunstancia o dato que permita apreciar que se hubiese preocupado en absoluto de tomarse la molestia de contrastar mínimamente esa veracidad, ya que no se cumple ese específico deber de diligencia con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéticas. Lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo de acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su

información, dejándola así reducida a un concepto de rumores e insinuaciones vejetorias que no merecen protección constitucional.»

(Sentencia núm. 123/1993, de 19 de abril R.A. 1350/1990. «B.O.E.» de 25 de mayo de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Artículo 22

Derecho de libre asociación

(Ver Sentencia núm. 35/1993, de 8 de febrero, sobre *Falta. Intrusismo*. Artículo 572 Código Penal.)

Artículo 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«La eliminación metódica de las distintas soluciones posibles, una a una, sitúa la incógnita en su lugar apropiado, que es el más elemental o, si se quiere, el más inmediato o directo, la tutela judicial cuya efectividad garantiza la Constitución (art. 24.1) y su alcance. Es claro que este derecho fundamental conlleva la exigencia de que la pretensión formulada ante el Juez competente para ello obtenga una resolución motivada, pero no garantiza el acierto de la decisión adoptada, ni preserva de eventuales errores al razonamiento jurídico ni a la elección de la norma aplicable, cuya determinación —salvo que suponga lesión de otro derecho fundamental distinto— no rebasa el ámbito de la legalidad ordinary y, por tanto, su control no corresponde a la vía del amparo constitucional (SSTC 77/1986, 126/1986, 119/1987, 211/1988 y 127/1990, entre otras). Sin embargo, también se ha dicho que es función de este Tribunal el examen de los motivos y argumentos en que se funde la decisión judicial impugnada con el fin de comprobar si son razonables desde una perspectiva constitucional, corrigiendo en esta vía de amparo cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional (SSTC 23/1987, 201/1987, 36/1988, 19/1989 y 63/1990).

Aquí encaja por derecho propio el caso que nos ocupa. En el atestado, equivalente en principio a una denuncia, pero que también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, expuestos por los Agentes de la Policía Judicial con su firma y las demás formalidades exigidas por los arts. 292 y 293 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STC 138/1992), en ese estado donde se documentan la entrada y registro, con la aprehensión de la droga, se hace constar que fueron un gramo 1.736 diezmilésimas de heroína (1,1736 gramos) y seis gramos 926 diezmilésimas de aceite de hachís (6,926 gramos). La misma cantidad se maneja en el dictamen pericial farmacológico y en el escrito que contiene las conclusiones provisionales del Fiscal, así como en el relato de hechos que declara probados la Sentencia de la Audiencia Provincial. En la que ahora es objeto de impugnación se produjo un error de transcripción, cambiando la coma por un punto. Esto significa en definitiva multiplicar por mil la cantidad de droga error material o de cuenta con una eventual repercusión jurídica que no resulta oportuno

prejuzgar aquí. La cuantía juega como orientadora para determinar el destino del género aprehendido, pues sólo en el caso de que fuere mínima podría presumirse que se adquirió para el autoconsumo y no para el tráfico.

El error notorio respecto de tan importante aspecto del supuesto de hecho que sirve de soporte a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, error además reconocido por todos, menoscaba la efectividad de la tutela judicial, desde el momento en que se produce una contradicción, también ostensible, entre los Antecedentes y los razonamientos jurídicos. Falta pues la congruencia interna como fundamento unívoco de la decisión judicial última, si se observa que el peso específico de la argumentación manejada como fundamento se pone en la errónea cantidad de droga aprehendida. Por ello, la equivocación está vinculada directamente a la *ratio decidendi* y el salto cuantitativo podría conllevar un cambio cualitativo en la calificación jurídica. Este Tribunal ha de detenerse ahí, en la mera posibilidad que refleja el tiempo condicional, si se observa que el meollo del debate consiste en la subsunción de unos hechos plenamente probados en una norma penal, tarea propia de la jurisdicción ordinaria. Por tanto, ha de otorgarse el amparo pedido que implica única y exclusivamente la anulación de la Sentencia impugnada para que, una vez depurado así el error patente que contiene, se dicte otra en el sentido adecuado.»

(Sentencia núm. 55/1993, de 15 de febrero R.A. 1758/89 «B.O.E.» de 22 de marzo de 1993. Ponente: Rafael de Mendizabal Allende.)

«Como reiteradamente hemos venido sosteniendo, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso al proceso y a los recursos, sino también el de la audiencia bilateral configurado por el principio de contradicción, siendo necesario para garantizarla que los órganos judiciales realicen las oportunas notificaciones y citaciones señaladas en la Ley Procesas (SSTC 114/1986, 222/1988, 131/1992 y 236/1992, entre otras).

En el caso concreto del juicio de faltas, la citación del denunciante para la vista oral es esencial, ya que en este momento procesal es donde aquél puede mostrarse parte y exponer lo que estima conveniente en apoyo de su pretensión (SSTC 22/1987 y 41/1987).

Por ello, la ausencia de citación para dicho acto del juicio, cuando se debe a omisión del órgano judicial implica una situación de indefensión evidente. Y, dada su trascendencia, la citación no puede reducirse a una mera formalidad prescrita por la Ley o a un simple requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales; para dar cumplida satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva no basta con la mera observancia formal del requisito de la citación, sino que es preciso, además, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (STC 37/ 1984), en el mismo sentido, la STC 236/1992.»

(Sentencia núm. 117/93 de 28 de marzo R.A. 1988/1990. «B.O.E.» de 5 de mayo de 1993. Ponente: José Gabaldón López.)

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso al proceso y a los recursos, sino también el de la audiencia bilateral configurado por el principio de contradicción, y que para garantizar esa audiencia es necesario que los órganos judiciales realicen las oportunas notificaciones y cita-

ciones señalada en la Ley Procesal (SSTC 114/1986, 222/1988, 131/1992 y 238/1992, entre otras).

De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes o con aquéllos que puedan ser partes en el proceso pues son el instrumento necesario que permite la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados (STC 36/1987). Por ello, la citación, especialmente en el ámbito penal, no puede "reducirse a una mera formalidad prescrita en la Ley o a un simple requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales para dar cumplida satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva no basta la mera observancia formal del requisito de la citación sino que es preciso, además, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real" (STC 37/1984), y en el mismo sentido la STC 236/1992.

Por tanto, la ausencia de citación o su deficiente realización siempre que se fustre la finalidad que con la misma se persigue con la misma, coloca al interesado en una situación de indefensión.»

«Es cierto, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, que no existe indefensión material cuando la falta de notificación tiene su causa en la pasividad o negligencia del interesado o cuando éste adquirió conocimiento del acto o resolución por otros medios distintos (SSTC 22/1987, 72/1988, 205/1988, y 142/1989, entre otras).»

(Sentencia núm. 113/1993, de 29 de marzo R.A. 1031/1990. «B.O.E.» de 5 de mayo de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo).

Ver Sentencia núm. 111/1993, de 25 de marzo, sobre *Planteamiento de la cuestión de prejudicialidad—Art. 177 TCEE*.

Derecho a la tutela judicial efectiva: Ofrecimiento de acciones al ofendido

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que la primera nota esencial del derecho a la tutela que han de cumplir los Tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso.

En nuestro proceso penal dicho libre acceso, y en lo que a la constitución de partes acusadoras se refiere, se garantiza mediante la consagración de la acción penal popular (art. 125 C.E.) y por ende la acusación particular y privada, cuya protección se encuentra garantizada por el derecho a la tutela del art. 24, pues es un interés digno de protección el que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado a fin de obtener la plena vigencia del principio sustantivo de legalidad.

Es cierto que este *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues también este Tribunal tiene declarado la legitimidad tanto de los autos de inadmisión de la *notitia criminis*, los cuales pueden dictarse *inaudita parte*, como los de sobreseimiento, pues el derecho de querella no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989 y 191/1992, entre otras).

A la anterior doctrina, no se opone, sin embargo, la de que, una vez dispuesta la apertura de una instrucción penal, haya de otorgarse al ofendido por el delito la posibilidad de comparecer y de mostrarse parte en la instrucción penal, ya incoada. En nuestro

ordenamiento procesal dicha posibilidad de ejercicio del derecho a la tutela por el ofendido se garantiza permitiendo su comparecencia como parte acusadora en una instrucción en curso, y, sobre todo, mediante el denominado «ofrecimiento de acciones» o llamada del Juez de Instrucción al ofendido a la causa a fin de que manifieste si desea o no sostener la pretensión penal.»

(Sentencia núm. 37/1993, de 8 de febrero. R.A. 288/1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia omisiva

«El Fiscal ante el Tribunal Constitucional trae a colación una cuestión tampoco alargada por el factor pero que considera implícita en sus alegaciones, cual es la tacha de incongruencia omisiva en las resoluciones dichas. Al respecto, este Tribunal tiene señalado que, para que la queja por incongruencia omisiva sea atendible en el plano constitucional, es preciso constatar la congruencia de dos extremos esenciales, el efectivo planteamiento de la cuestión cuyo conocimiento y decisión se afirma cludido por el Tribunal, y la ausencia de respuesta razonada por parte del órgano judicial a ese concreto motivo del recurso (SSTC 13/1987, 28/1987, 142/1987 y 5/1990), y desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, el problema de la relevancia que corresponde atribuir a la ausencia de respuesta judicial expresa respecto de alegaciones que, de ser admitidas, impedirían un pronunciamiento de fondo, no es susceptible de ser resuelto con un criterio unívoco que en todos los supuestos lleve a considerar dicho silencio como lesivo o no del derecho fundamental. Antes bien, en cada caso concreto deberán tenerse presente las circunstancias que en el mismo concurran para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como desestimación tácita que satisfaga suficientemente las exigencias del derecho a la tutela judicial (SSTC 175 y 198/1990).

En el presente caso, si bien es cierto que el Juez de apelación no dio una respuesta pormenorizada al actor sobre la alegada prescripción de la falta, como hubiera sido deseable también lo que es que la desestimación de su petición queda claramente reflejada en la resolución impugnada. No puede cabalmente afirmarse que el Juez *ad quem* se desentendiese de la petición formulada, denegando en el fondo la justicia que está obligado a dispensar (SSTC 29/1987, 8/1989 y 198/1990), ya que la desestimación ahí contenida no puede equipararse, como sostiene el Ministerio Fiscal, a una incongruencia meridiana de la Sentencia recurrida que la misma desestimaba el alegato de la prescripción hecho valer por la representación actora en la segunda instancia. Por otra parte, no cabe olvidar que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan aprobadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. No existiendo un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación judicial, no corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho, ni revisar la forma y estructura de la resolución judicial, puesto que su función se limita a comprobar si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión (SSTC 174/1987, 75/1988, 184/1988, 14/1991 y 175/1992), incluso en supuestos de

motivación por remisión (SSTC 174/1987, 146/1990 y 27/1992 y AATC 688/1986 y 956/1988).»

(Sentencia núm. 150/1993 de 3 de mayo R.A. n.º 943/1990. «B.O.E.» de 28 de mayo de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón).

«El examen sobre el fondo de la demanda de amparo ha de proseguir, pues, por recordar la doctrina de este Tribunal de que el art.24.1 de la Constitución, en cuya infracción se fundamente la pretensión de amparo, reconoce el derecho de todas las personas a promover la actividad jurisdiccional y obtener una resolución fundada en derecho que, naturalmente, no tiene por qué ser favorable, sino congruente con lo pedido (SSTC 145/1992, fundamento jurídico segundo; 200/1992, fundamento jurídico segundo). Desde la STC 20/1982, hemos declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal, sustrayéndose a las partes el verdadero debate contradictorio y pronunciándose un fallo o parte dispositiva no adecuado o ajustado a las recíprocas pretensiones de las partes. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial ineludiblemente presupone, por tanto, la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y *petitum*—. Ciñiéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y el fundamento jurídico que la nutre, no pudiendo la resolución judicial, por consiguiente, modificar la *causa petendi* y a través de ella alterar de oficio la acción ejercitada, pues se habría dictado sin oportunidad de debate, ni defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi* (SSTC 144/1991, fundamento jurídico segundo; 88/1992, fundamento jurídico segundo; 211/1988, fundamento jurídico cuarto; 43/1992, fundamento jurídico segundo).

Descendiendo de lo general a lo particular, en relación con el vicio de incongruencia omisiva, como el denunciado en este caso, hemos declarado en numerosas resoluciones que la total falta de respuesta a la que realmente constituye la principal causa de pedir entraña una incongruencia por omisión, una denegación técnica de justicia, incorrección procesal que incide, así mismo, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues la inadecuación o desviación de la resolución judicial respecto a las pretensiones de las partes vulnera ese derecho cuando es de tal intensidad que produce una modificación sustancial de los términos en que se planteó el debate procesal (SSTC 212/1988, fundamento jurídico segundo; 88/1992, fundamento jurídico cuarto). Pero también que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, sino que, antes bien, han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto para determinar si la conducta silente del órgano judicial frente a alguna de las pretensiones puede o no ser razonablemente interpretada como desestimación tácita que satisfaga suficientemente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, fundamento jurídico segundo; 198/1990, fun-

damento jurídico cuarto; 163/1992, fundamento jurídico segundo; 226/1992, fundamento jurídico primero).»

(Sentencia núm. 161/1993, de 17 de mayo, R.A. 2271/1990. «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Luis López Guerra.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de contradicción Incongruencia omisiva

«Reiteradamente ha declarado este Tribunal, que la incongruencia ha de ser entendida como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, que pueda entrañar vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando aquella desviación sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos del debate procesal, sustrayendo a las partes del verdadero debate contradictorio, y produciéndose un fallo o parte dispositiva no adecuado o no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes (SSTC 8/1989, 58/1989, 211/1989 y 144/1991, entre otras).»

(Sentencia núm. 125/1993, de 18 de abril. R.A. 1648/1990. «B.O.E.» de 25 de mayo de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos. Principio de contradicción. Emplazamiento personal

«Comprobada la infracción de normas procesales por el Juzgado de Instrucción, al omitir el traslado y emplazamiento de la acusación particular, y por la Audiencia Provincial, que no subsanó el defecto ni dio oportunidad a dicha parte de personarse y participar en el acto de la vista, resta, por último, determinar si estas irregularidades procesales conculan también el derecho fundamental que se dice vulnerado.

El Tribunal Constitucional puso de manifiesto en ocasiones anteriores que el art. 24.1 C.E. contiene un mandato implícito dirigido al legislador y el intérprete consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Estas garantías procesales deben respetarse no sólo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus instancias (STC 13/1981), de manera tal que todo proceso esté presidido por una efectiva contradicción para que se entienda cumplimentado el derecho de defensa, lo que, a su vez, implica forzosamente que, siempre que ello sea posible, debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes. Y si ello es exigible en otros órdenes jurisdiccionales, con superior razón ha de serlo en el penal (STC 118/1984).

Por estas razones, en la STC 114/1986 claramente se indicó que la falta de citación para ser oído en un acto o trámite tan importante como el de la vista de un recurso, donde se han de alegar las razones de la defensa de la parte, supone infringir el principio de contradicción propio de la tutela judicial efectiva en su aspecto más esencial. Si esta actividad de notificación, o citación o emplazamiento no se realiza por el órgano judicial, aún por error u otra causa, pero en todo caso no por obra de la parte afectada, es evidente

que no sólo se contraría la Ley ordinaria, sino que, por producirse indefensión, transciende al ámbito constitucional y en ese plano debe ser considerada.

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto aquí considerado lleva, sin esfuerzo, a la estimación del amparo. No puede imputarse al ahora recurrente acción u omisión alguna que haya dado lugar a su incomparecencia durante la tramitación del recurso de apelación. Había obtenido una Sentencia favorable a sus intereses, y, sin duda, la defensa de los mismos le aconsejaba no sólo no impugnar la resolución de instancia, sino sostener su confirmación en los posibles recursos que pudieran ejercitarse contra ella. La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso mantenimiento una pretensión también confirmatoria de la Sentencia no puede considerarse, por sí misma, suficiente para colmar el derecho de defensa de la acusación particular, pues constituye elemento integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral. En todo caso, el principio de contradicción en cualquiera de las instancias representa una exigencia imprescindible del derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere una singular relevancia constitucional el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos por la Ley (STC 78/1992, por todas).

Unicamente a los órganos judiciales, vistas las actuaciones cabe imputar la falta de emplazamiento del actor para que pudiese comparecer en el recurso y sostener sus pretensiones, y esa omisión de emplazamiento no suplida por la actividad espontánea de la parte, que, por lo demás, tampoco le era exigible, vicia las actuaciones judiciales realizados sin el concurso de la parte ausente, causándole indefensión y entraña, en consecuencia, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.»

(Sentencia núm. 192/1993; de 14 de junio. R.A. 1622/1990 «B.O.E.» de 19 de julio de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos. Citación a la parte

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, reconoció en el art. 24.1 C.E., comprende, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos, sino también el derecho a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita parte* más que en caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a la parte interesada (SSTC 112/1987, 151/1987 y 66/1988, entre otras). De ahí que la falta de citación en un acto tan importante como es el de la vista de un recurso, cuando es debida a la omisión del órgano judicial y cualquiera que sea su causa, no sólo infringe la ley ordinaria, sino que trasciende al ámbito constitucional, por implicar una situación de evidente indefensión material (SSTC 192/1989, 212/1989, 78/1992 y 131/1992), al impedir al apelante conocer qué dicho voto va a celebrarse el día y hora señalados, privándole del derecho a comparecer e intervenir en el mismo para defender su pretensión impugnatoria (SSTC 156/1992, 196/1992 y 74/1993).»

(Sentencia núm. 202/1993, de 14 de junio R.A. 962/1992 «B.O.E.» de 19 de julio de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión. Falta de atención

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 C.E., comprenda, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos, sino también a que el órgano judicial que revise el proceso deje conforme a lo alegado por las partes, oídas contradicionalmente, sin que pueda justificarse la resolución judicial *inaudita* parte más que en caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o por negligencia imputable a la parte interesada (SSTO 112/1987, 1617/1989, 667/1988 y 37/1990 entre otras).»

También ha señalado este Tribunal reiteradamente que la falta de citación en un acto de trámite tan importante como lo es el de la vista de un recurso cuando es debida a la omisión del órgano judicial y cualquiera que sea su causa, no sólo infringe la ley ordinaria, sino que trasciende el ámbito constitucional por implicar una situación de Indefensión evidente (STC 192/1989, 212/1989, 78/1992 y 131/1992), al impedir a la parte conocer que dicho acto va a celebrarse en el término del señalamiento, privándolo del derecho a comparecer e intervenir en la vista oral para defender su pretensión impugnatoria (SSTC 156/1992 y 196/1992).»

(Sentencia núm. 105/1993, de 22 de marzo. R.A. 2727/1990 «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación suficiente

«Reiteradamente hemos declarado que la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada el caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (SSTC 75/1988, 199/1991, 34/1992 y 49/1992, entre otras muchas). Por ello se considera que “una Sentencia que nada explique la solución que proporcione a las cuestiones planteadas, ni que pueda inferirse tampoco cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución judicial que no sólo viola la ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela efectiva consagrando en el art. 24.1 de la Constitución” (STC 116/1986). Y también hemos manifestado que desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes (SSTC 56/1987 y 192/1987, entre otras), sino que basta con que el juzgador exprese las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión, sin entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte (STC 146/1990).»

(Sentencia núm. 165/1993, de 18 de mayo de R.A. 130/1991. «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Julio Diego González Campos.)

Derecho de defensa

(Ver Sentencia núm. 72/1993, de 1 de marzo, sobre *Recurso de casación. Incomparecencia de letrado a la vista. Artículo 894. L.E.Cr.*)

(Ver Sentencia núm. 98/1993, de 22 de marzo, sobre *Sentencia de apelación, Legitimación. Indefensión. Artículo 795 L.E.Cr.*)

(Ver Sentencia núm. 152/1993 de 3 de mayo sobre *Declaración del imputado. Art. 789.4 L.E.Cr.*)

Artículos 24.1 y 24.2

Derecho a no sufrir indefensión y derecho a ser informado de la acusación

«Como reiteradamente hemos manifestado el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 C.E. requiriendo en esencia, dicho principio, que en el proceso penal exista una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación. Y su infracción significa una doble vulneración constitucional, la del derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 C.E.), y la del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.) (STC 18/1989, por todas). Siendo por otra parte, plenamente aplicable el mencionado principio al juicio de faltas (STC 47/1991, entre otras).»

(Sentencia núm. 125/1993, de 18 de abril. R.A. 1648/1990. «B.O.E.» de 25 de mayo de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Artículo 24.2

Principio acusatorio «Reformatio in peius»

«El principio acusatorio, uno de los cardinales del proceso penal, implica —entre otros aspectos irrelevantes aquí— una correlación entre lo pedido y el pronunciamiento de la Sentencia, con un carácter de límite máximo si fuere condenatoria, coherencia que no sólo es cuantitativa —como destaca en una primera visión— sino también cualitativa (ATC 11 de enero de 1993). En el caso que ahora tenemos delante de las dos Sentencias sucesivas, una en instancia única y otra en casación, guardan esa congruencia con las conclusiones definitivas del Fiscal en el juicio oral y en el de su oposición al recurso posterior, no sólo en la calificación de los hechos como un delito contra la salud pública, sino en la determinación de la pena.

Y esta vez, a su vez, pone de manifiesto que lo sucedido no puede interpretarse como una *reformatio in peius*, desde el momento en que la Audiencia Provincial, con base en la cantidad exacta de droga aprehendida a los hoy demandantes, les condena a tres años de prisión menor, 50.000 pesetas de multa y las accesorias, pronunciamiento que ratifica el Tribunal Supremo por el simple mecanismo de negarse a casar las Sentencias dictadas en la instancia. Es un principio general de nuestro Derecho en el ámbito sancionador, tanto penal como administrativo, que en las segundas o sucesivas instancias, cualquier que fuere la naturaleza del recurso utilizado, ordinario o extraordinario, no pueda agravarse la condena del recurrente por encima de la que había impuesto la Sentencia Impugnada, salvo que la parte contraria —el acusador, en suma hubiera recurrido independientemente o se adhiere al recurso ya formulado (STC 242/1988). Esto conlle-

va la vinculación del Juez *ad quem* o superior por los límites subjetivos y objetivos que hayan marcado la acusación y la defensa en ese ulterior grado jurisdiccional. Así lo configura en definitiva la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde a la segunda Sentencia de la Sala, en el supuesto de que cese la impugnación, se le veda como única limitación—que no imponga pena superior a la señalada en la sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor (art. 902).»

(Sentencia núm. 55/1993, de 15 de febrero R.A. 1758/89 «B.O.E.» de 22 de marzo de 1993. Ponente: Rafael de Mendizabal Allende.)

Derecho de defensa. Derecho a no ser condenado sin haber sido oido

«El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la C.E. comporta la exigencia de que en ningún momento pueda procederse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, como ya dijimos, entre otras, en las STC 112/1987, 251/1987, 114/1988 y 237/1988. Este principio de defensa contradictoria ha de verse complementado con el de igualdad de armas en el proceso y en el ejercicio de los recursos, de manera tal que esa posibilidad de alegación y prueba sea real y efectiva para las partes comparecidas en estos últimos. Precisamente la preservación de los derechos fundamentales, y en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por preservar los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988). Corresponde, pues, a los órganos judiciales velar porque en el proceso y en el recurso se dé la necesaria contradicción entre las partes, posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba, y en definitiva, ejerciten su derecho de defensa en cada una de las fases o instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal en los casos de defensa de oficio, de condenado en prisión y de única pretensión impugnatoria de la acusación pública. Como dijimos en la STC 112/1989, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, c incluso al propio Ministerio Público «de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. Por ello, a la luz del art. 24.2 de la C.E., que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oido y, por tanto, a no ser condenado sin haber podido ejercer el derecho de defensa, con la debida asistencia Letrada, corresponde cuando se trata de reos asistidos de oficio al celo del órgano judicial, evitar, aun a falta de previsión expresa por parte de la Ley, que se produzcan, situaciones de indefensión no imputables al condenado.»

(Sentencia núm. 162/1993, de 18 de mayo. R.A. 1083/90. «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Carlos Viver Pi-Sunyer.)

Derecho a la defensa y asistencia letrado

(Ver Sentencia núm. 72/1993, de 1 de marzo, sobre *Recurso de casación. Incomparecencia de letrado a la vista. Artículo 894 L.E.Cr.*)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«La Resolución del fondo del recurso requiere reseñar muy brevemente, por suficientemente conocida, la jurisprudencia representada entre otras por las STC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 108/1990, 151/1991, 113/1992 y 136/1992 sobre los perfiles del proceso, lo que excluye, por exigencia del principio acusatorio, la posibilidad de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras y decisorias.

Esta jurisprudencia, como ha recordado la STC 136/1992, se asienta sobre dos ideas esenciales; de un lado, que al estar en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio, pueden hacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que atenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora; pero, por otro, que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter instructor al comprometerse su incapacidad objetiva, por lo que será necesario analizar caso por caso la actividad realizada hasta determinar si se ha producido o no vulneración del art. 24.2 de la C.E., teniendo en cuenta que «no basta con constatar el hecho de que el Juez sentenciador hubiere realizado actos de naturaleza instructora... sino que es preciso además acreditar, siquiera sea indistintamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el Juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios» (STC 37/1992).

Aplicando la mencionada doctrina al supuesto concepto, resulta acreditado, a tenor de las actuaciones emitidas, que el Magistrado Juez de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional antes de dictar la Sentencia del 16 de mayo de 1989, realiza, a partir del 21 de mayo de 1987 diversos actos procesales. De entre ellos el recurrente concede una especial importancia a la providencia de 3 de junio de 1987, que requiere al Banco Simeón, a petición de una de las defensas, determinada documentación relativa a la apertura y movimientos de ciertas cuentas: por el contrario el Ministerio Fiscal si bien duda sobre el carácter instructor o de mera ordenación procesal de la citada providencia, sin embargo, considera que el Auto de 23 de septiembre de 1987, que declara la apertura del juicio oral, ratifica la libertad provisional de los encausados y fija los límites y finanzas de su responsabilidad civil es un acto inequívocamente instructor cuya adopción inhabilita a quien lo adopta a actuar como Juez sentenciador en ese mismo caso, al haber perdido la neutralidad objetiva exigida por el art. 24.2 de la C.E.

En efecto, es en primer lugar evidente que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas “Sentencias instructoras de reenvío”, en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar.

Estas notas aparecen indiscutiblemente en el Auto de 23 de septiembre de 1987 ahora analizado. Así, en su fundamento jurídico 1.^º afirma que procede la apertura del juicio oral “teniendo en cuenta que los hechos objeto de procedimiento revisten caracteres de delito y las actuaciones ofrecen méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal”... que se concreta entre otros en el recurrente en amparo; en su fundamento ju-

rídico 2.^º determina el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, y en el 3.^º decreta la libertad provisional con la obligación *apud actá* del art. 530 de la L.E.Crim.

Todo ello supone que el Juez necesariamente apreció indicios racionales de criminalidad por lo que hay que concluir, en aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 145/1988 y 136/1992, que se ha roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador, vulnerándose el art. 24.2 de la C.E. y que como medida de restablecimiento de la integridad del derecho se ha de ordenar retrotraer las actuaciones judiciales al momento procesal de convocatoria del juicio oral «para su conocimiento y fallo por Juez distinto del instructor de las diligencias preparatorias» (entre otras, SSTC 11/1989, 151/1991 y 113/1992).»

(Sentencia núm. 170/1993, de 27 de mayo R.A. 2457/89 «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

(Ver Sentencia núm. 157/1993 de 6 de mayo sobre *Causas de obstención y renovación*—Artículo 219.10 L.O.P.)

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«La ya muy abundante jurisprudencia de este Tribunal que interpreta la constitucionalización en nuestro art. 24.2 del “derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en términos similares a los del art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, ha establecido, a partir de la STC 24/1981 una serie de criterios para la resolución de estos recursos con frecuencia inspirados en los elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que, de modo equivalente, reconoce a toda persona “el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable”.

Entre estos criterios conviene destacar, que como hemos señalado en numerosas ocasiones (entre otras, SSTC 36/1984, 5/1985, 223/1988), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales, sino que comporta la utilización de un concepto indeterminado, que debe ser concretado en cada caso atendiendo entre otros aspectos, a las circunstancias del proceso, su complejidad objetiva, la duración normal de procesos similares, la actuación del órgano judicial en el supuesto concreto y la conducta del recurrente, al que es exigible una actitud diligente y la invocación en el proceso ordinario de las supuestas dilaciones (entre otras, SSTC 152/1987, 128/1989 y 224/1991).

Este Tribunal ha entendido (STC 61/1991) que de la autonomía del derecho al proceso sin dilaciones indebidas se deriva también la posibilidad de su ejercicio en relación al reconocimiento de la lesión por una tardanza excesiva e irrazonable con referencia al momento en que se formuló la demanda, de forma que, si bien el cese de la inactividad antes de la demanda repara la lesión (STC 151/1990), la resolución posterior no repara una dilación que ya está consumada (STC 10/1991).

En conclusión, en el presente recurso es patente la existencia de una lesión al derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que no puede ser reparada, en cuanto consumada, por la relación de actividades procesales posteriores a su interposición, sin perjuicio de que éstas continúen hasta la terminación del proceso.

Un último aspecto a determinar es el alcance de las consecuencias del reconocimiento de la vulneración constitucional. El recurso plantea en el “súplico”, junto al reconocimiento de la violación, “que se adopten las medidas oportunas para reponerle en el mismo”. La primera de estas medidas, permaneciendo aún abierto el procedimiento, es, sin lugar a dudas, ordenar al órgano judicial que adopte sin demora las resoluciones que sean procedentes para su tramitación, pronunciamiento que no excluye la eventual utilización por parte de los recurrentes de la vía indemnizatoria ex art. 121 de la Constitución, y 292 y siguientes de la L.O.P.J., en el bien entendido de que es doctrina consolidada de este Tribunal que el derecho a ser indemnizado por dilaciones indebidas “no es en sí mismo directamente invocable, y menos cuantificable en la vía de amparo constitucional, al no ser competente para ello el Tribunal Constitucional, según se deduce del art. 58 de la LOTC, y no ser incluyible en los pronunciamientos del art. 55 de dicha Ley Orgánica” (STC 50/1989, y, en el mismo sentido SSTC 37/1982, 28/1989 y 81/1989).»

(Sentencia núm. 69/1993 de 1 de marzo R.A. 726/90 «B.O.E.» de 1 de abril de 1993. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que no cabe deducir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juzgue o se produzca la prescripción penal, ya que son independientes (SSTC 83/1989 y 224/1991 y ATC 347/1992). De tal manera que la apreciación de la existencia de una dilación indebida conduciría, en todo caso, a que este Tribunal tomase las medidas necesarias para que cesase esa dilación o incluso podría justificar una reparación de los daños causados por vía indemnizatoria, pero no puede dar lugar al reconocimiento de un derecho a la prescripción si el procedimiento ha estado paralizado el tiempo legalmente fijado para que se extinga la responsabilidad penal por ese motivo (STC 255/1988).»

(Sentencia núm. 150/1993, de 3 de mayo. R.A. n.º 943/1990 «B.O.E.» de 28 de mayo de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón.)

Presunción de inocencia

«Conviene recordar en primer lugar la conocida doctrina de este Tribunal reiterada en infinidad de ocasiones desde la STC 31/1981, según la cual el principio constitucional de presunción de inocencia es compatible con la libre valoración y ponderación de la prueba por los órganos judiciales, “pero para que tal ponderación pueda llegar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda considerarse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en cada recurso”.

Se trata por tanto de determinar si las Sentencias impugnadas contienen el error denunciado en la demanda, error que inevitablemente tendría trascendencia jurídica —constitucional— en cuanto vulneraría la tutela judicial efectiva (STC 55/1993), para, constatado tal error, analizar si el mismo ha producido la existencia de un vacío probatorio que lleve asimismo a anular las referidas Sentencias por vulneración de la presunción de inocencia.

Hay que sentar como indiscutible que el error denunciado se ha producido. La lectura de las actuaciones del proceso, así como el examen de la prueba documental practicada a instancia de los recurrentes no deja lugar a dudas respecto del hecho de que tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, como la de casación, valoraron como elementos probatorios el contenido de determinados documentos obrantes en los autos del procedimiento en los que se contenían declaraciones de culpabilidad de los recurrentes, que correspondían a un sumario distinto, aunque referente a hechos análogos, sobre los que ya había recaído Sentencia penal condenatoria, extremo este último que intentó infructuosamente ser aclarado por los recurrentes durante la vista oral. Es obvio que tales declaraciones no pueden en forma alguna constituir pruebas válidas y que su admisión como tales vulnera la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE.»

(Sentencia núm. 175/1993, de 27 de mayo R.A. 2266/90 «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«Reconoce, sin embargo, que su comportamiento sería calificable como delito de resistencia o de desobediencia, de lo que se deduce que, bajo el manto aparente de la invocación de su derecho a la presunción de inocencia, pretende en realidad cubrir su discrepancia respecto de la subsunción de los hechos operada por los órganos judiciales en el tipo penal de referencia. Tarea ésta que, según ha reiterado este Tribunal en distintas ocasiones, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, no siendo revisable en vía de amparo constitucional la decisión que en tal sentido adopten, sino en el supuesto de que ella se desprenda la lesión de un derecho fundamental o sea manifestamente irrazonable o arbitraria (SSTC 71/1984, 61/1986, 209/1987, 17/1988, 29/1989 y 69/1989, entre otras muchas), habiendo declarado asimismo que los problemas relativos a la subsunción de los hechos bajo un determinado supuesto legal resultan ajenos al derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTC 141/1986 y 254/1988).»

(Sentencia núm. 195/1993, de 14 de junio R.A. 2972/1990 «B.O.E.» de 19 de julio de 1993. Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

Presunción de inocencia. Diferencia con el principio «in dubio pro reo»

«A pesar de la íntima relación que guardan el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, puesta de relieve de forma reiterada por este Tribunal desde las SSTC 31/1981 y 13/1982, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico *favor rei*, existe un diferencial sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. Así, en lo que aquí interesa, el principio *in dubio pro reo* sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia o, dicho de otra manera, la aplicación del referido principio se excluye cuando «el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminadorio de las pruebas practicadas» (STC 25/1988, fundamento jurídico 2.º).

Esto último es cabalmente lo que sucedió en el presente caso. La existencia de un Voto particular, al que se refiere reiteradamente el recurrente en la demanda y en sus alegaciones posteriores, no permite alterar esta afirmación, porque —como señala el Ministerio Fiscal— las dudas de sólo uno de los juzgadores sobre la autoría de los hechos, precisamente ponen de manifiesto que la mayoría de los Magistrados no dudaron razo-

nablemente sobre este extremo; y no es ocioso recordar que la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tiempo que permite a quien toma parte en la votación de una Sentencia disentir en la mayoría y formular su discrepancia (art. 260.1), manda en su art. 255.1 que los Autos y Sentencias se dicten por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la Ley señale mayorías más cualificadas. De igual tenor resultan ser los arts. 153 y 156 de la L.E.Crim. interpretados de acuerdo con aquéllos. La regla general es, pues, la mayoría y no la unanimidad, aunque pueda parecer obvio recordarlo y, por tanto, la discrepancia de un Magistrado no permite sostener que en el caso enjuiciado, y dada la valoración de la prueba que en él se realizó, el Tribunal como órgano colegiado dudó acerca de la autoría de los hechos y que, en consecuencia, debía haberse aplicado el principio *in dubio pro reo*.»

(Sentencia núm. 63/1993, de 1 de marzo R.A. 943/1989 «B.O.E.» de 1 de abril de 1993. Ponente: Carlos Viver Pi-Sunyer.)

Principio de legalidad. Tipicidad

«El núcleo de la impugnación consiste —como en los antecedentes se ha expuesto— en la afirmación de que el empleo por el legislador penal de aquellas expresiones —elementos u organizaciones “terroristas”— resulta inconciliable con las exigencias de tipicidad derivadas del art. 25.1 de la Constitución. Toda vez que el propio legislador —viene a decirse— ha omitido una definición de lo que por “terrorismo” deba entenderse, las reglas penales que como las impugnadas, se valen de tal locución dejan en la incertidumbre la conducta tipificada o lo que es lo mismo, privan de todo criterio seguro el juzgador penal para la aplicación de aquellas normas que más aún, eliminan la inexcusable seguridad y previsibilidad ante la reacción penal que es inherente al Derecho punitivo. Una tacha de este género no puede valorarse como es lógico, sin considerar antes, siquiera brevemente el carácter de las reglas penales introducidas por la Ley Orgánica 3/1988, y sin recordar, junto a ello el contenido constitucional del principio enunciado en art. 25.1 de la Norma fundamental.»

«Con reiteración ha declarado este Tribunal que el principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley —a la ley formal— como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas de penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la formula *lex scripta, praevia y certa* (por todas, STC 133/1987, 150/1989 y 127/1990).

En lo que se refiere de modo específico a la previa delimitación normativa de la conducta tipificada, se ha hecho, también desde el principio, que “el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”, sin que ello suponga que el principio de legalidad penal quede infringido en los supuestos de que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación “permite un margen de apreciación” STC 62/1982, fundamento jurídico 7.c). Lo sustantivo es que el legislador penal debe —como se dijo precisamente ante un caso de apología del terrorismo— conformar sus preceptos «de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada» (STC

159/1986, fundamento jurídico 4.^º), de modo que serán contrarios de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución “los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra de los Jueces y Tribunales” (STC 105/1988, fundamento jurídico 2.^º).

Es importante asimismo advertir que la suficiencia o insuficiencia, a la luz del principio de tipicidad, de esta labor de predeterminación normativa podrá apreciarse también a la vista de lo que en ocasión anterior se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial (STC 133/1987, fundamento jurídico 6.^º) en el que el concepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico una realidad compleja e integrada dentro de la cual adquieren sentido y significación propia —también en ámbito penal— cada uno de los preceptos singulares.»

«Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede —esto es la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento— una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones. No ocurre así, sin embargo con los territorios legales «organización terrorista» o «elemento terrorista» y no cabe por ello acoger el reproche de inconstitucionalidad dirigido contra la Ley Orgánica 3/1988. Veamos por qué:

a) La propia Constitución (que remite en ocasiones al legislador penal arts. 22.2 y 5, 45.3 y 46, *in fine*) se ha servido en dos de sus preceptos de expresiones como las que aquí se tachan de inconstitucionales (arts. 13.3, *in fine*, y 55.2) y, aunque es cierto que ello no descarta, por si solo la tarea de concreción que puede corresponder a la ley penal, si obliga ahora a reconocer que aquellas expresiones constitucionales remiten a realidades (en este caso, a un área de la criminalidad) lamentablemente presentes en la situación constituyente y aún en la actual, realidades consideradas, por su gravedad extrema en la norma primera del ordenamiento y que no pueden hoy calificarse, a partir de los propios conceptos constitucionales de indiscernibles o de radicalmente indeterminadas. La misma jurisprudencia de este Tribunal ha tenido ya ocasión de ocuparse de la interpretación y consiguiente precisión de aquellos conceptos (STC 199/1987, fundamentos jurídicos 2.^º y 4.^º, sobre todo) labor esta que puede y debe ser tenida en cuenta, dada la relevancia que la doctrina de este Tribunal tiene por los órganos jurisdiccionales penales llamados a aplicar normas como las que se enjuician ahora.

b) No cabe desconocer en segundo lugar, que las expresiones legales “organización terrorista” o “elementos terroristas” no se introducen *ex novo* en nuestro ordenamiento mediante la Ley impugnada. Basta recordar que la expresión “elementos terroristas” está ya presente en el art. 1 de la Ley Orgánica 11/1980 y que la referencia a las “organizaciones terroristas” aparece, por su parte en los arts. 2.1, 7.1 y 8.1, entre otros de la Ley Orgánica 9/1984, textos legales que han sido objeto de interpretación y aplicación al igual que los hoy impugnados por nuestros tribunales penales en cuya jurisprudencia cabe ya identificar —como no podía ser de otro modo— una delimitación suficientemente clara y precisa de nociones como las empleadas por la Ley Orgánica 5/1988. Se encuentra en dicha jurisprudencia en efecto la determinación de los rasgos inherentes a la delincuencia terrorista, tanto a su carácter de criminalidad organizada como a los medios empleados y finalidades perseguidas.

c) Es preciso recordar, en fin, la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977, ratificado por España, "Boletín Oficial del Estado" de 8 de octubre de 1980), que como dijo la citada STC 199/1987 (fundamento jurídico 5.^º), establecen criterios objetivos para la determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990. Caso *Fox, Campbell y Hardey*) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa en este ámbito.»

(Sentencia núm. 89/1993, de 12 de marzo. R.I. 1491/1988. «B.O.E.» de 15 de abril de 1993. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

«El principio de legalidad penal, ha dicho este Tribunal (STC 133/1987, fundamento jurídico 4.^º, entre otras muchas), es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982, fundamento jurídico 7.^º), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 de la Constitución, especialmente cuando este declarara que los Jueces y Magistrados están "sometidos únicamente al imperio de la Ley".

De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley (*lex scripta*), que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la Ley describa una supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos del Código Penal (SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986, 133/1987 y 199/1987, entre otras). Por otra parte, este Tribunal (SSTC 62/1982 y 53/1985, fundamento jurídico 10.^º) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la Ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad.

A ello se ha añadido [SSTC 127/1990, fundamento jurídico 3.^º, B), y 118/1992, fundamento jurídico 2.^º] que las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o co-

mo señala la citada STC 122/1987, se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.»

(Sentencia núm. 111/1993 de 25 de marzo R.A. 298/1991. «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

(Ver sentencias 131 a 140/1993, de 19 de abril sobre Intrusismo.—Art. 321 Código Penal.)

Artículo 28

Libertad de asociación

(Ver Sentencia núm. 35/1993, de 8 de febrero, sobre *Falta Intrusismo*. Artículo 572 Código Penal.)

Artículo 117.3

Exclusividad de la función jurisdiccional: Jueces y Tribunales ordinarios. Competencia del Tribunal Constitucional

«De concluirse, sin más, que las Sentencias recurridas se han limitado a aplicar el art. 321.1 del Código Penal en virtud de una de las posibles interpretaciones que dicho precepto admite, sería ciertamente limitada la posibilidad de revisarlas en esta vía de amparo. Pues, según ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones no le compete la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la Ley, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento que con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución (SSTC 16/1981, 89/1983 y 105/1983, entre otras muchas); ni, en consecuencia decidir cuál de las posibles interpretaciones de la legalidad es la correcta uniformando de esta suerte las líneas doctrinales de una jurisdicción determinada, por más que, en determinados casos, los instrumentos procesales requeridos a tal efecto no estén a disposición de las partes (STC 190/1988). Como tampoco le compete revisar los posibles errores cometidos por los órganos judiciales en el ejercicio de su función de subsunción de los hechos enjuiciados en un concreto tipo penal, salvo que, en el ejercicio de dicha función, se hubiese producido la lesión de algún derecho constitucionalmente reconocido, al haberse excedido los límites permitidos por una interpretación conjunta de la norma penal y del derecho constitucional afectado (STC 254/1988). En este sentido, debe recordarse que conforme apuntábamos en nuestra STC 50/1984 (fundamento jurídico 3.^º), “la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la ‘simple legalidad’, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos dis-

tintos e incomunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le está encomendada”».

(Sentencia núm. 111/1993, de 25 de marzo R.A. 298/1991 «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

Artículo 163

Cuestión de inconstitucionalidad

«Es manifiesta la improcedencia del planteamiento por el recurrente de cuestión de inconstitucionalidad directamente ante este Tribunal en relación con el Decreto 3.248/1969, de 4 de diciembre, lo que corresponde exclusivamente a los Jueces o Tribunales de oficio o a instancia de parte, cuando consideren que una norma con rango de Ley (lo que, por demás, aquí no ocurre, como ya se dijo en el ATC 343/1991, que acordó inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.916/91 promovida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante en relación con el citado Decreto), que sea aplicable al caso y de cuya validez de pende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (arts. 163 C.E. 35.1 y 27.2 LOTC).»

(Sentencia núm. 111/1993, de 25 de marzo R.A. 298/1991 «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículos 43.1 y 50.1 a)

Agotamiento de la vía judicial previa

«A la vista de las actuaciones y de las alegaciones formuladas por el Ministerio Fiscal, es preciso reconocer la presencia de una causa de inadmisión —que en esta fase procesal lo será de desestimación— que impide a este Tribunal entrar en el fondo de la cuestión así planteada. Tal causa reside en el no agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, exigida por el art. 43.1 LOTC, y que, como este Tribunal ha manifestado reiteradamente, persigue dar oportunidad a los órganos judiciales ordinarios de remediar la vulneración del derecho fundamental que se alega. Esta falta de agotamiento resulta, por una parte, de que no se planteó ante el Juez de Vigilancia la cuestión que ahora se trae ante este Tribunal, y, por otra, de que no se agotaron los recursos posibles —y expresamente ofrecidos— en vía jurisdiccional. Ello supone desconocer el carácter subsidiario del amparo constitucional, carácter subsidiario, en este caso respecto de la función del Juez de Vigilancia Penitenciaria.»

«Concurre, por tanto, en el presente supuesto un impedimento decisivo para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre los posibles defectos, desde la perspectiva de los derechos protegibles en amparo, de la medida coercitiva aplicada al recurrente. El no planteamiento ante el Juez de Vigilancia de cuestión alguna al respecto —siquiera fuera en términos generales o aproximados, habida cuenta de la situación y no pericia en Derecho del recluso— impide que este Tribunal pueda pronunciarse, a su vez, sobre esa cuestión. Como hemos manifestado en múltiples ocasiones, el recurso de amparo (tanto frente a actuaciones administrativas como frente a resoluciones de órganos judiciales) es de naturaleza subsidiaria (SSTC 56/1982, 138/1985, 75/1988, 144/1990, entre otras muchas) y corresponde con anterioridad a los órganos judiciales —en este caso el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria— conocer de las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes. Esta naturaleza subsidiaria se refleja en la exigencia de que, para acceder a la vía de amparo, se hayan agotado las vías judiciales previas [arts. 43.1 y 44.1 a) LOTC] y que se haya invocado previamente el derecho constitucional que se considera vulnerado [art. 44.1 c) LOTC]. Aunque este Tribunal haya declarado que tales requisitos han de ser interpretados de manera flexible y finalista, ello implica que para ser cumplido el Juez o Tribunal debe haber tenido la posibilidad de reparar la lesión cometida y de restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho constitucional vulnerado (SSTC 75/1988 y 155/1988). Es claro que el recurrente al no sustentar ante el Juzgado la cuestión relativa a la ejecución de una medida de aislamiento anterior a la notificación de la sanción impuesta impidió que el órgano judicial competente para ello pudiera pronunciarse al respecto y adoptara las medidas pertinentes. Ello impide a este Tribunal entrar ahora a considerar el fondo de la cuestión planteada. No debe olvidarse que el recurso de amparo no es, con carácter general, una primera instancia, por lo que la previa invocación sólo es inexcusable cuando la pretendida vulneración se produce en una resolución contra la que no cabe recurso alguno.

La imposibilidad ante la que se encuentra este Tribunal de pronunciarse sobre la adecuación de la medida coercitiva adoptada deriva, no sólo del no planteamiento de esta cuestión ante el Juez de Vigilancia, sino también de la falta de agotamiento de la vía judicial que exige el art. 43 LOTC como requisito previo para el acceso al recurso de amparo. A la vista de las actuaciones, resulta que, el 22 de mayo de 1990, se notificó al hoy recurrente la resolución del recurso por él formulado, comunicándosele que contra tal resolución podía interponer recurso de reforma ante el mismo Juzgado de Vigilancia en el plazo de tres días, firmando el recurrente el correspondiente impreso en que se le llevó a cabo tal notificación. No obstante, no interpuso recurso alguno contra dicho Auto tal y como le fue ofrecido en la diligencia de notificación, por lo que también concurriría, a este respecto, la causa de desestimación prevista en el art. 50.1 a) consistente en la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.»

(Sentencia núm. 143/1993, de 26 de abril. R.A. 1377/1990 «B.O.E.» de 28 de mayo de 1993. Ponente: Luis López Guerra.)

Artículo 44.1.a*No agotamientos de recursos de la vía judicial*

«Ninguna trascendencia tiene a los efectos ahora contemplados la posterior interposición de un recurso de nulidad de actuaciones contra una Sentencia que ya había ganado firmeza, pues éste no se constituye como el caude adecuado para subsanar los vicios observados en la tramitación del procedimiento tal y como razonó el órgano judicial al tiempo de resolver el citado recurso. El art. 240 L.O.P.J. prevé que tales defectos se hagan valer por medio de los recursos legalmente establecidos, sin que proceda el recurso de nulidad de actuaciones contra Sentencias definitivas; así lo ha sostenido también doctrina reiterada de este Tribunal (por todas, STC 185/1990).»

Por ello, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, y a la vista de las actuaciones por este Tribunal recibidas, hay que concluir que la parte no utilizó los recursos legales a su alcance para remediar la indefensión que ahora denuncia en sede de amparo, lo que determina el incumplimiento del requisito previsto en el art. 44.1.a) L.O.T.C., que necesariamente conlleva la desestimación del amparo solicitado.»

(Sentencia núm. 196/1993, de 14 de junio R.A. 259/1991. «B.O.E.» de 19 de julio de 1993. Ponente: Luis López Guerra.)

Artículos 44.1 c) y 50.1 c)*Invocación formal del derecho constitucional violado*

«Con carácter previo debe darse contestación a la causa de inadmisión puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal consistente en el incumplimiento por parte del recurrente del requisito insubsanable de la invocación formal en el proceso del derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocido, hubiera lugar para ello, incumplimiento que, de constatarse, provocaría en esta fase procesal una Sentencia de inadmisión.»

Para el representante público el incumplimiento se deriva del hecho de que en el acto de la vista oral debió solicitar la recusación del Magistrado, y, sin embargo, no lo hizo, como se deduce de la lectura del Acta, a pesar de que en la demanda afirme lo contrario, por lo que hay que entender que el planteamiento posterior que efectivamente realizó al deducir el recurso de apelación, y en el acto del juicio oral en esa misma instancia, es insuficiente para considerar cumplidas las exigencias del art. 44.1 c) de la L.O.T.C.

La anterior objeción procesal no puede prosperar, pues, como este Tribunal tiene declarado (SSTC 113/1992 y 136/1992), no es posible apreciar el incumplimiento de dicho requisito, puesto que el recurrente en amparo sí denunció expresamente la vulneración constitucional ahora aducida durante la sustanciación del recurso de apelación por él interpuesto ante la Audiencia Provincial, momento procesal hábil para ello, máxime cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, la lesión constitucional, de existir, sólo tendría lugar tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en la primera instancia.»

(Sentencia núm. 170/1993, de 27 de mayo. R.A. 2457/89 «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 44.2*Recurso de amparo: Plazo*

«El art. 44.2 de la LOTC preceptúa que el recurso de amparo deberá interponerse en el plazo de veinte días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. Según reiterada doctrina de este Tribunal (STC 130/1990, por todas), dicho plazo es perentorio, de caducidad del derecho a recurrir, improrrogable y de imposible suspensión, comenzando al día siguiente de la fecha de notificación de la última resolución judicial recaída en el proceso previo del que deriva la impugnación formulada en esta sede constitucional (STC 162/1990). En el cómputo de dicho plazo, por último, no se incluyen los días inhábiles, según doctrina y práctica constante de este Tribunal desde la STC 14/1982, considerándose los días del mes de agosto como hábiles, según previene el art. 2 del Acuerdo de 15 de junio de 1982, del Pleno de este Tribunal («Boletín Oficial del Estado» de 2 de julio del mismo año), corriendo durante ese mes los plazos para el inicio de los procesos constitucionales.»

(Sentencia núm. 104/1993, de 22 de marzo R.A. 2175/1990. «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.)

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL**Artículo 108***Acción civil. Ejercicio por el Ministerio Fiscal*

«Es evidente por sí mismo que se colocaba así al eventual perjudicado en una situación propicia a la indefensión, escamoteándose la información que la Ley considera imprescindible al respecto. Ahora bien, tal riesgo podría haber quedado paliado si el Ministerio Fiscal hubiera cumplido con su función de entablar la acción civil, en beneficio de todos y no sólo de algunos, justamente con la penal, según indica el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para lo cual no era óbice la omisión padecida en el curso de la Instrucción ni la incomparecencia del interesado, aún en la hipótesis de que hubiera sido instruido de su derecho a mostrarse parte en el proceso. En efecto, la circunstancia de no haberse personado no autoriza a presumir su renuncia a la restitución, reparación o indemnización, renuncia que ha de haberse, en su caso, de una manera expresa y terminante (art. 110 L.E. Crim.), única modalidad excluyente de la intervención del acusador público al respecto. Tampoco fue correcta, pues, su inactividad tanto en el escrito de calificación como en el juicio oral, en ninguno de cuyos actos se refirió este presunto perjudicado ni ejercitó en su beneficio la acción civil o explicó al menos la razón de no haberlo hecho si alguna hubiera habido. Es el silencio lo que refleja al más absoluto desvalimiento de una de las personas afectadas por la colisión de vehículos.»

(Sentencia núm. 98/1993, de 22 de marzo R.A. 468/1990. «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Rafael de Mendizabal Allende.)

Artículo 109

Ofrecimiento de acciones al perjudicado

«Una de las características del proceso penal español, característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el art. 1 C.E., es la posibilidad de la concurrencia simultánea de la acción penal para la averiguación del delito con el correlativo castigo del delincuente y de la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Esta simultaneidad y sobre todo, su ejercicio preceptivo por el Fiscal beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esta actuación tuitiva la igualdad efectiva de individuos y grupos a la cual encamina el art. 9 C.E. y, con ella, la justicia (STC 123/1992).

La pasividad de la oficina judicial que tenía a su disposición el nuevo domicilio de este presunto ofendido y no intentó localizarle en aquél, impidió no sólo contar con datos valiosos para la averiguación de lo sucedido y en especial la versión de uno de los testigos, a través de su declaración, así como la importancia y la duración de las lesiones mediante el examen médico, sino que le privó de una orientación preceptiva para el pleno ejercicio de su derecho a mostrarse parte en el proceso y pedir, si así le pluguiera, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, como previene el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El interesado cumplió con la diligencia exigible su deber de informar al Juez instructor el cambio de domicilio en el ámbito del derecho a elegir libremente su residencia que reconoce a todos la Constitución (art. 19). Por lo tanto, la omisión de la advertencia preceptiva en que consiste el llamado “ofrecimiento de acciones” es imputable en su totalidad y en sin la menor sombra de duda al órgano judicial instructor.»

(Sentencia núm. 98/1993, de 22 de marzo. R.A. 468/1990, «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende)

Artículos 118, 299 y 300

Derechos de defensa

(Ver sentencias núms. 128, 129 y 152/1993, de 19 de abril y 3 de mayo sobre *Declaración del imputado. Artículo 789.4 L.E. Cr.*)

Artículo 166

Citación: forma

«A la afirmación anterior no cabe objetar la existencia de una comunicación telefónica, a través de la cual la Audiencia hubiera podido poner en conocimiento del recurrente el señalamiento de la celebración de la vista. Como señala el Fiscal, produce extrañeza esta forma de notificar existiendo un representante procesal del apelante, con

quien se debió entender la notificación. El acto de comunicación, es decir, la citación, tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales cuya finalidad estriba en que, no sólo el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte, sino también que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario (SSTC 99/1991 y 141/1991).

Esta forma de notificación utilizada, "por teléfono", no es, desde luego, medio idóneo para plazamientos y citaciones a juicio oral del acusado o del condenado a la vista en segunda instancia. La diligencia en la que se dice que se ha practicado la notificación sólo afirma que se ha citado telefónicamente al apelante, pero, como señala el Fiscal, no se acredita realidad de su personalidad ni con quien se ha entendido la notificación si ha sido con el mismo apelante o con una tercera persona, familiar o extraña, ni tampoco las circunstancias o cautelas tomadas para determinar y acreditar su identidad. No existe constancia alguna del cumplimiento de las exigencias legales y procesales del acto de comunicación al no especificarse cómo se ha notificado y el contenido de la notificación. La se pública judicial, en ese expeditivo medio de comunicación, no abarca más allá del hecho de telefonar y de la citación realizada a una persona cuya identidad no aparece contrastada ni determinada y de aquí, que en los autos no exista constancia de la recepción por el recurrente de la citación.

Así pues, la defectuosa realización del referido acto procesal imputable exclusivamente a la Audiencia Provincial, impidió al demandante de amparo el ejercicio de su derecho de defensa en la tramitación y sustanciación del recurso de apelación, privándole de alegar, y en su caso justificar sus derechos e intereses para que le fueran reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, sin que, por otra parte, conste la existencia de impericia o negligencia alguna del apelante que pudiera erigirse en causa de justificación de la Sentencia dictada *inaudita parte*. Existe, pues, como señala el Ministerio Fiscal, una vulneración del art. 24.1 de la C.E.»

(Sentencia núm. 105/1993, de 22 de marzo. R.A. 2727/1990. «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 297

Atestado

(Ver sentencia 55/1993, de 15 de febrero, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Artículo 24.1 C.E.)

Artículo 741

Valoración de la prueba

«Es cierto que, como ha reiterado este Tribunal, por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios la ponderación de los distintos elementos de prueba y la valoración de su significado y trascenden-

cia en orden a la fundamentación del fallo (entre otras SSTC 55/1984, 175/1985, 98/1990). En este ámbito concreto de la actividad probatoria relativa a los procesos ordinarios previos al amparo constitucional, la capacidad revisora del Tribunal Constitucional debe limitarse, en esencia, a verificar si ha existido prueba que pueda estimarse de cargo (por todas, STC 104/1992), si la denegación de pruebas propuestas por las partes carece de todo fundamento o si las inferencias lógicas de la actividad probatoria que llevan a deducir la culpabilidad del acusado ha sido llevada a cabo por el órgano judicial de forma no arbitraria, irracional o absurda (SSTC 140/1985, 175/1985, 65/1992 entre otras), es decir, si la libre valoración de la prueba se lleva a cabo mediante un razonamiento que no cabe calificar de incongruente o apoyado en fundamentos arbitrarios, entre los que, sin duda, cabe incluir aquellos que aplican criterios contrarios a los preceptos constitucionales. En suma, en cuanto a la valoración de las pruebas, este Tribunal no puede sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios, ni puede enjuiciar el resultado de la valoración que éstos han llevado a cabo, pero sí puede comprobar si los criterios empleados en esta apreciación resultan manifiestamente arbitrarios por conciliar alguno de los valores, principios o derechos constitucionales.

Pues bien, de lo que resulta del examen de la fundamentación de la Sentencia impugnada, tal vulneración se da en el presente caso respecto de las declaraciones de los testigos de la defensa. En efecto, el criterio por el cual se les niega todo valor probatorio contraviene claramente la prohibición de discriminación por motivos de opinión establecida en el art. 14 de la C.E. Basta observar para llegar a esta conclusión que la descalificación como testigos no se deriva a las circunstancias específicas del caso o a las de las personas concretas de quienes prestaron declaración, sino que se hace de una forma tan general y apriorística que equivale a afirmar que por el mero hecho de ser simpatizante o afiliado al Bloque Nacionalista Gallego ya se pierde toda objetividad e imparcialidad. A tenor de lo establecido en el art. 14 de la C.E., ni el nacimiento ni la raza, ni el sexo, ni la religión, ni la opinión, ni cualquier otra condición o circunstancia personal o social, justifican sin más la denegación apriorística del carácter objetivo e imparcial de una declaración testifical.

Negar todo valor probatorio a una declaración por el simple hecho de provenir de afiliados o simpatizantes de un partido, sin otras consideraciones vinculadas al caso concreto, equivale a aplicar un criterio de valoración arbitrario que introduce una discriminación contraria a lo prevenido en el art. 14 de la Constitución y a las exigencias del derecho a un proceso justo con todas las garantías consagrado en el art. 24 del texto constitucional. El criterio de valoración de la prueba aplicada en la Sentencia recurrida es, pues, inconstitucional y, en consecuencia, debe anularse esa resolución y retrotraer las actuaciones a la Audiencia Provincial de La Coruña para que aplicando criterios de valoración acordes con los preceptos constitucionales, valore en conciencia el conjunto del material probatorio.»

(Sentencia núm. 63/1993, de 1 de marzo. R.A. 943/1989 «B.O.E.» de 1 de abril de 1993. Ponente: Carlos Viver Pi-Sunyer).

Artículo 789.4

Declaración del imputado. Derecho de defensa

«Es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990) y reiterada en las SSTC 128/1993 y 129/1993, la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusador sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 L.E.Crim.), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procedimiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la “primera comparecencia” contemplada en el art. 789.4.^º L.E.Crim.; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1.^º y 2.^º L.E.Crim.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 L.E.Crim.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 C.E. y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la “prueba prohibida” (art. 11.^º L.O.P.J.).

La fase instructora exige como ineludible presupuesto la existencia de una *notitia criminis* que en ella ha de ser investigada (arts. 299 y 300 L.E.Crim.), sin que pueda el Juez de Instrucción, mediante el retraso de la puesta en conocimiento de la imputación, eludir que el sujeto pasivo asuma el “status” de parte procesal tan pronto como existe dicha imputación en la instrucción efectuando una investigación sumarial a sus espaldas, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligación del Juez de garantizar los fines de instrucción mediante la adopción, en los casos que los legitiman, del secreto sumario o de la incomunicación del procesado.»

(Sentencias núms. 128, 129 y 152/1993, de 19 de abril y 3 de mayo R.A. 1919, 2007 y 1681/1990. «B.O.E.» de 25 y 28 de mayo de 1993. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 795

Sentencia de apelación. Legitimación. Indefensión

«En definitiva, aquel que había resultado lesionado y era un potencial ofendido, en la terminología de la propia Ley, ostentaba la cualidad de interesado y estaba dotado de la legitimación para actuar en juicio. El que no llegara a hacer, por haberse omitido la advertencia legal preceptiva, menoscaba y aun cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial que conlleva la interdicción de cualquier menoscabo del derecho de defensa (STC 31/1989) que ni siquiera pudo haber subsanado el ejercicio de la acción civil correspondiente por el Ministerio Fiscal. Y, finalmente, como parte en el proceso aunque no estuviera personado por la inactividad imputable a la oficina judicial, no era extemporánea su pretensión de formular recurso de apelación contra la Sentencia que había puesto fin a las correspondientes diligencias previas, impugnación viable cuyo rechazo significa otra vulneración del derecho fundamental tantas veces invocado.

Es evidente que así trabado el razonamiento, en función de lo acaecido en la jurisdicción penal, caen por su base las dos objeciones procesales. El actor civil ostenta legitimación activa en este proceso, legitimación que como titular del derecho fundamental que se dice vulnerado es autónoma e independiente de la que pudiera corresponderle en la vía judicial por su condición de parte. Desde otra perspectiva, resulta claro que el interesado usó en su momento los medios de impugnación adecuados frente a la Sentencia impugnada, sin propósito dilatorio alguno y, en consecuencia el plazo para acudir en petición de amparo a este Tribunal Constitucional ha de computarse a partir de haber sido notificado el Auto desestimatorio de la queja intentada contra el que negó la admisibilidad de la apelación.

En efecto, la Sentencia que el Juez de Instrucción dictó el 22 de febrero de 1988 había adquirido firmeza para quienes por sí o a través del Fiscal tuvieron ocasión de ejercitar las acciones que les correspondían en defensa de sus derechos y no la apelaron, pero nunca para quienes no tuvieron la oportunidad de comparecer en juicio, por haber quedado indefensos, sin la instrucción preceptiva, a causa del comportamiento negligente del órgano judicial.

En consecuencia, una vez notificada la Sentencia al presunto perjudicado, como primera diligencia practicada con él y formulada apelación contra la misma dentro de los cinco días siguientes, no puede entenderse consentida aquélla ni extemporánea el recurso que debió ser admitido *ipso facto*. No puede calificarse, pues, como Sentencia firme con arreglo a la definición que de ellas ofrece el art. 369 L.E.Crim. respecto de quien no pudo intervenir en la fase de instrucción y en el juicio oral, ni es objeto de sus pronunciamientos. En tal sentido la regla general de que sólo pueden ser tenidas por partes en segunda instancia quienes lo hayan sido en la primera, no puede aplicarse a aquellos supuestos en que la incomparecencia en primera instancia no ha sido obra de la decisión voluntaria de los interesados sino por un defecto procesal no imputable a ellos, que sólo puede remediararse permitiendo tal comparecencia en la segunda instancia. Así lo hemos dicho en más de una ocasión y, por todas, en la STC 105/1984. Y tal es la situación que está ahora en tela de juicio.

Desde este punto, que es el final del camino hay que emprender el regreso para conseguir la *restitutio in integrum* o restablecimiento del derecho a la tutela judicial en su integridad como escribe nuestra Ley Orgánica. La omisión del ofrecimiento de acciones que desoriente al presunto perjudicado, es vicio cuya gravedad socava la solidez de

la Sentencia de 22 de febrero de 1988, pero lo hace en un aspecto parcial y en cierto modo marginal de su contenido necesario. La naturaleza exclusivamente civil de la pretensión de resarcimiento, con un sustrato económico o patrimonial y un destinatario individualizado, aparece vinculada a la responsabilidad penal pero está nítidamente diferenciada de ella si se observa que puede ser renunciada o puede reservarse su ejercicio independiente en la jurisdicción homónima. En consecuencia resulta posible mantener la validez de la Sentencia impugnada respecto de los pronunciamientos sobre la calificación penal de los hechos con la correlativa pena, en su caso y sobre la responsabilidad civil derivada de aquélla en cuanto afectaban a los demás perjudicados, cuyas indemnizaciones hace tiempo que habrán sido satisfechas. La demanda de amparo no se opone a estos aspectos de la Sentencia, que viene a aceptar implícitamente y en aquélla se hace valer únicamente el propio derecho al resarcimiento, olvidado por unos y otros en ese proceso.

No tendría sentido por tanto la anulación de la Sentencia en su integridad y la convocatoria de un segundo juicio oral completo. Para conseguir el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado basta con que, una vez reconocida a su titular la cualidad de parte en el proceso, cuya comparecencia no se produjo por causas ajenas a su voluntad e imputables al órgano judicial, pueda ejercitarse la acción civil de resarcimiento en una nueva vista pública, limitada al enjuiciamiento de esa única pretensión con posibilidad de alegar y, en su caso, utilizar los medios de prueba pertinentes, en debate contradictorio, hasta obtener la respuesta judicial que corresponda pero en cualquier caso con respecto escrupuloso a la intangibilidad de los demás pronunciamientos ya firmes. En definitiva, resulta necesario declarar la nulidad parcial de la Sentencia, en cuanto no se ocupó de uno de los lesionados en la colisión de vehículos el hoy demandante, así como de las otras dos resoluciones objeto de impugnación, con retroacción de las actuaciones al momento procesal idóneo que haga posible lo que se dijo al principio de este párrafo.»

(Sentencia núm. 98/1993, de 22 de marzo. R.A. 468/1990 «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Rafael de Mendizabal Allende.)

Recurso de apelación. Práctica de prueba. Resolución

«Dicha prueba testifical no pudo sim embargo llevarse a cabo dada la incomparecencia, por motivos laborales, del Sr. Domínguez, por lo que por parte de la defensa se solicitara la suspensión del juicio para que pudiera procederse a citarle de nuevo, y se adujera razón alguna para justificar la esencialidad de dicho testimonio en términos de defensa.

Pese a ello, en el escrito mediante el que interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada en instancia, solicitaba el recurrente, por otrosí, que se practicara en dicha sede la mencionada prueba testifical, por considerarse necesaria para la aclaración de los hechos dado que, el Sr. Domínguez estaba presente en el momento en que los mismos tuvieron lugar. Petición de prueba que, a tenor de lo dispuesto en el art. 795.3 L.E.C., únicamente es admisible en dicha fase respecto de aquéllas que no pudieron ser propuestas en la primera instancia, de las protestas que fueron indebidamente denegadas, siempre y cuando se hubiese formulado la oportuna protesta, y de las admitidas pero no practicadas por causa no imputable al recurrente, y que debe ir acompañada en

todo caso de las razones por las que la falta de práctica de la misma ha producido indefensión. Ninguno de cuyos requisitos concurrían en el caso de autos por cuanto, no habiendo reaccionado la representación del recurrente a su debido tiempo ante la incomparecencia del testigo por ella propuesto, solicitando la suspensión del juicio para que pudiese volver a ser citado y alegando para ello la necesidad de dicho testimonio a efectos de su defensa, no podía pretender en apelación que dicha prueba no había sido practicada por causas que no le eran imputables ya que, como señala el Ministerio Fiscal, su pasividad se tradujo en aquietamiento respecto de la falta de práctica de la misma.

Podría empero sostenerse que, de conformidad con lo prevenido en el art. 795.7, el órgano judicial de apelación debería haberse pronunciado en el plazo de tres días sobre la admisión de la prueba propuesta. De la Sentencia dictada con fecha de 1 de octubre de 1990 se desprende, sin embargo, con toda claridad que, probablemente por considerar que dicha prueba era inadmisible al no concurrir ninguno de los requisitos prevenidos en el art. 795.3 L.E.C., la Audiencia Provincial de Cáceres la tuvo por no propuesta, dando al recurso el trámite previsto para este último supuesto en el art. 795.5 L.E.C. Esta interpretación por parte de la Sala de los citados preceptos procesales, conducente a una denegación tácita de la prueba propuesta, podrá ser más o menos discutible, más no por ello ha de estimarse constitutiva de una infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, por la simple razón de que, en el caso de Autos, la prueba propuesta no era ya pertinente en ese momento. Por consiguiente, tampoco puede reprocharse a la Audiencia Provincial de Cáceres vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni causa de indefensión al recurrente por ello.»

(Sentencia núm. 195/1993, de 14 de junio. R.A. 2972/1990 «B.O.E.» de 19 de julio de 1993. Ponente: Carlos de la Vega Benayas.)

Artículo 796.2

Sentencia de aprobación. Quebrantamiento de forma esencial del proceso

(Ver sentencia núm. 157/1993, de 6 de mayo, sobre *Causas de abstención y recusación. Art. 219.10 L.O.P.J.*)

Artículo 852

Recurso de casación. Principio de unidad de alegaciones. Infracción de norma constitucional

«En numerosas ocasiones antecedentes este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el principio de unidad de alegaciones en el recurso de casación penal y sobre la pretendida necesidad de canalizar las renuncias de vulneración de preceptos constitucionales por la vía del art. 5.4 de la LOPJ. En concreto, hemos dicho que el denominado requisito de unidad de alegaciones en la casación se orienta exclusivamente a hacer posible al Tribunal de instancia el ejercicio de la competencia que, en orden a la preparación del recurso, se confiere el art. 858 L.E.Crim., teniendo sólo reflejo la distin-

ción que contempla la propia ley procesal en su art. 847, es decir, recurso de casación por infracción de ley y recurso de casación por quebrantamiento de forma, a los efectos de la observancia y examen del cumplimiento, en su caso, de los requisitos establecidos para esta última clase de recurso o para el que se funde en el art. 849.2 de la misma Ley. De otra parte, la necesidad de invocar oportunamente en el proceso la eventual vulneración de los derechos fundamentales y la finalidad de claridad necesaria en el planteamiento de la pretensión casacional, se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso (STC 185/1988, 69/1990 y 139/1991).

En la línea seguida por las Sentencias citadas, la STC 98/1991 insistía en que el criterio de inadmisión utilizado por el Tribunal Supremo, que se apoya en la circunstancia de no haberse hecho en el escrito de preparación del recurso mención alguna al derecho constitucional de presunción de inocencia ni haberse canalizado éste por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, no se acomoda a las exigencias interpretativas de los requisitos procesales del recurso de casación penal. La inadmisión del recurso se ha basado en la necesidad de su preparación como categoría específica de un recurso de casación por infracción de norma constitucional y en la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición, lo que representa un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al recurso. Esa misma Sentencia finalizaba afirmando “que no existe razón alguna para considerar que el cauce de acceso a la casación previsto en el art. 849.1 y 2 de la L.E.Crim. sea incompatible con la previsión contenida en el art. 5.4. LOPJ, y, de otro, que resulta desproporcionada, en cualquier caso, la sanción de inadmisión motivada por la falta de referencia específica y diferenciada del citado precepto de la LOPJ en el escrito de preparación, cuando en dicho escrito se había manifestado el propósito de interponer el recurso de casación al amparo del art. 849.1 y 2 L.E.Crim. y en el escrito de interposición se razonó suficientemente la pretensión casacional basada en la infracción de normas constitucionales” (en el mismo sentido, STC 71/1992).»

(Sentencia núm. 181/1993, de 31 de mayo. R.A. 1820/1990. «B.O.E.» de 5 de julio 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Artículo 894

Recurso de casación. Suspensión. Incomparecencia de letrado a la vista

«Con referencia específica a la suspensión de la vista en el recurso de casación, el art. 894, párrafo segundo, L.E.Crim. dispone que la incomparecencia injustificada de los defensores de las partes no será motivo de aquélla “si la Sala así lo estima”. Por otro lado, dentro de las reglas comunes que disciplinan el juicio oral, el art. 746.4 de la misma Ley determina la suspensión cuando el defensor de cualquiera de las partes enfermase repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio ni pueda ser reemplazado. De este modo, la enfermedad repentina del Letrado, como supuesto de comparecencia justificada, habrá de ser motivo de suspensión de la vista, sin que el precepto legal deje ello a la discreción del órgano judicial, salvo en lo referente a la apreciación de esa justificación, a la vista también de la obligación que pesa sobre el órgano judicial de tutelar el derecho de una eventual parte contraria a un proceso sin diligencias indebidas (STC 218/1988).

En el presente caso, el Tribunal Supremo no dio respuesta alguna motivada a la petición formulada sobre la suspensión de la vista y sobre el nuevo señalamiento de la misma solicitado en atención a la enfermedad del Letrado del recurrente, salvo la ordenación de unión a los autos del escrito. Por ello, no es que el órgano judicial no haya valorado de acuerdo con el art. 24.1 C.E. la concurrencia de la causa de suspensión legalmente prevista en el sentido más favorable para la efectividad de la tutela judicial, para evitar una situación de indefensión a la parte privada de asistencia técnica, impidiéndole formular las correspondientes alegaciones, en el acto de la vista (STC 130/1986, fundamento jurídico 3.^º, y 195/1988, fundamento jurídico 3.^º), sino que no ha dado respuesta expresa y motivada a la petición del recurrente, salvo la denegación implícita que implica el celebrar la vista y ordenar al mismo tiempo la incorporación del escrito a los autos.

Así pues, o no ha habido respuesta del órgano judicial o la ha habido sin fundamento, esto es, sin manifestar las razones por las que la Sala consideraba injustificada la petición de suspensión. Esa falta o insuficiencia de respuesta no es una mera irregularidad procesal sin trascendencia constitucional, puesto que ha determinado que el actor, por causa ajena a su voluntad legalmente prevista como causa de suspensión de la vista, no haya podido argumentar ni defender los motivos de su recurso, como pudo hacer el Ministerio Fiscal para oponerse al mismo. El acto de la vista, pese a su carácter no necesario [art. 893 bis a) L.E.Crim.] y pese al carácter predominantemente escrito del recurso de casación, no es irrelevante para la defensa del derecho, por lo que el haber privado a la parte indebidamente de la posibilidad de intervenir en el mismo a través de su defensa letrada ha conculado el principio de contradicción y bilateralidad y producido la indefensión de la parte, con quiebra su derecho a la defensa letrada y a la tutela judicial efectiva.»

(Sentencia núm. 72/1993, de 1 de marzo. R.A. 980/90. «B.O.E.» de 1 de abril de 1993. Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.)

«El derecho a la asistencia de Letrado tiene por finalidad la objetiva protección de los principios de igualdad de las partes y de contradicción (STC 47/1987), de suerte que, en el ámbito de la asistencia de oficio, en el que corresponde a los poderes públicos proveer al justiciable de la adecuada asistencia letrada, la ausencia de Abogado debe valorarse como lesiva del derecho constitucional, cuando la defensa ejercitada en concreto se revela determinante de la indefensión (STC 149/1987); o, dicho de otra manera, para que la no asistencia letrada provoque una indefensión material es preciso que haya podido razonablemente causar algún perjuicio al recurrente (SSTC 30/1981, 42/1982 y 161/1985).

El mismo T.E.D.H. en su Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) declaró que el art. 6.3 c) del Convenio “consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de Abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita”, obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un Abogado del turno de oficio, pues el art. 6.3 c) como subraya el T.E.D.H., no habla de “nombramiento” sino de “asistencia”. En suma, el derecho fundamental de carácter prestacional a la asistencia letrada gratuita no puede desembocar en una simple designación que redunde en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva (SSTC 37/1988, 216/1988, 53/1990 y 178/1991). Así, por similares motivos, el T.E.D.H. en el caso citado, entendió que incumbe a las autoridades

del país “actuar de manera que se asegure al recurrente el disfrute efectivo del derecho que ellas mismas le había reconocido”.

En el presente caso no cabe duda que fue, en primer término, la negligencia del Abogado de oficio la que privó de asistencia letrada y de defensa efectiva al hoy recurrente. Sin embargo, dadas estas circunstancias el Tribunal Supremo debía haber utilizado los instrumentos jurídicos que el ordenamiento pone a su disposición para promover la defensa efectiva de la parte recurrida y salvaguardar el principio procesal de contradicción en el recurso de casación. Así, el mismo art. 894 de la L.E.Crim., antes citado, posibilita a la Sala la suspensión de la vista ante la incomparecencia injustificada de los defensores e incluso la imposición a los Letrados que no concurren de las correcciones disciplinarias que estime merecidas, atendida la gravedad e importancia del asunto.

Al no hacer uso de ninguna de estas facultades y optar por la celebración del acto, la Sala no garantizó suficientemente la defensa efectiva del condenado sobre quien pesaba una gravosa petición de aumento de condena.»

(Sentencia núm. 162/1993, de 18 de mayo. R.A. 1083/90. «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Carlos Vive Pi-Sunyer.)

Artículo 976

Juicio de faltas .Apelación

(Ver sentencia núm. 105/1993, de 22 de marzo, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión y citación: forma*. Art. 24.1 y 166 L.E.Cr.)

Artículo 977

Juicio de faltas. Citación

«Se produjo, pues, una infracción procesal por el irregular modo de practicarse la citación a juicio en la primera instancia, con el efecto de la incomparecencia del recurrente y la consiguiente falta de la posibilidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniera; lo cual comporta la privación de una garantía exigible también en el juicio de faltas, según doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 84/1986, 22/1987, 41/1987 y 102/1987, entre otras).

Es cierto que en varias Sentencias de este Tribunal se ha afirmado que “el procedimiento en materia de juicio de faltas establece una doble instancia y el derecho a la defensa debe ser reconocido constitucionalmente en ambas, porque, como este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar, las garantías constitucionales del proceso son exigibles en todas y cada una de las fases del mismo” (SSTC 22/1987 y 44/1987, y en igual sentido SSTC 28/1981, 84/1986, 102/1987 y 156/1992). Sin embargo la aplicación de esta doctrina, cuando del juicio de faltas se trata, requiere que la parte no haya tenido oportunidad dentro del proceso de remediar la indefensión causada por una irregularidad procesal, de modo que la privación de su garantía fundamental, cuál es el derecho a ser oído y a poder defenderse, lo sea en su acepción material y no imputable a su propio comportamiento ulterior dentro del proceso.

En efecto, la existencia e una indefensión material con relevancia o trascendencia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho fundamental del art. 24.1 C.E., no puede ser apreciada en el juicio de faltas si se tuvo dentro del proceso la posibilidad de remediar la privación del derecho a la defensa que le había causado la irregular citación para la primera instancia, al comparecer en la segunda donde se permite el debate y prueba sobre los hechos y la decisión en todos sus aspectos. Posibilidad existente en el juicio sobre faltas donde las prescripciones del art. 977 y ss. de la L.E.Crim. que configuran la segunda instancia, de modo idéntico la primera, permiten (arts. 979 y 980) a los interesados no sólo alegar sino presentar las pruebas no practicadas antes (ni propuestas) por causas algunas a su voluntad, entre las cuales con toda evidencia se cuenta la de su no comparecencia involuntaria.

Así pues, en el caso, el recurrente que compareció en la apelación, pudo haber alegado y probado cuanto a su derecho convenía, lo que sin embargo no hizo, limitándose en su recurso a poner de manifiesto al Juez *ad quem* con invocación del art. 24.1 C.E., una irregularidad procesal, la falta de citación en primera instancia, pero omitiendo impugnar la resolución en cuanto puede estimarse, pues, que haya existido en este caso de juicio de faltas vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. cuando se tuvo en la segunda instancia posibilidad de remediar la involuntaria ausencia en la primera. Lo que lleva derechosamente a la denegación del amparo.»

(Sentencia núm. 113/1993, de 29 de marzo R.A. 1031/1990 «B.O.E.» de 5 de mayo de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

«Se produjo en este caso efectivamente una infracción procesal consistente en el irregular modo de practicarse la citación del demandante a juicio en primera instancia, con el efecto de su incomparecencia y consiguiente falta de la posibilidad de alegar y probar, lo cual comporta la privación de una garantía exigible también en el juicio de faltas, según resulta la doctrina de este Tribunal, así (SSTC 84/1986, 22/1987, 41/1987 y 102/1987).

Sin embargo, para apreciar la existencia de una violación del art. 24 sería exigible que aquella infracción hubiera producido indefensión material, como también hemos reiteradamente señalado, y no puede reputarse causada ésta si se tuvo dentro del proceso la posibilidad de remediar la privación del derecho a la defensa que le había causado la irregular citación para la primera instancia, al comparecer en la segunda instancia donde se permite el debate y prueba sobre los hechos y la decisión en todos sus aspectos, posibilidad existente en el juicio sobre faltas, donde las prescripciones de los arts. 977 y ss. L.E.Crim. que configuran la segunda instancia de modo idéntico a la primera, permiten (arts. 979 y 980) a los interesados no sólo alegar sino presentar las pruebas no practicadas antes (ni propuestas) por causas ajenas a su voluntad, entre las cuales con toda evidencia se cuenta la de su no comparecencia involuntaria. Así pues, pudo el recurrente, comparecido en la segunda instancia, alegar y probar cuanto a su interés convenía, lejos de lo cual (como resulta del acta de la vista), no intentó ni lo uno ni lo otro pues se limitó a alegar la referida falta de citación pero omitiendo impugnar la resolución en su fondo con fundamento en las pruebas ya aportadas o las que aún podrían serlo. No puede, por ello estimarse que en este punto se haya producido infracción del art. 24.1 C.E.»

(Sentencia núm. 117/93, de 28 de marzo R.A. 1988/90. «B.O.E.» de 5 de mayo de 1993. Ponente: José Gabaldón López.)

Artículo*Juicio de faltas. Principio acusatorio. Responsabilidad civil*

«Según consta en el acta del juicio oral, las hijas del demandante en amparo reclamaron 15.000.000 de pesetas para cada una de ellas, y el hijo la cantidad de 25.000.000 de pesetas como indemnización por la muerte de su madre. Es cierto que dicha reclamación fue genérica, pero hay que tener en cuenta la naturaleza del proceso en que se efectuó, concretamente un juicio de faltas por motivo de un accidente de circulación, en el que normalmente los conductores de los vehículos implicados comparecen como imputados (SSTC 182/1991 y 11/1992). Por consiguiente, a pesar de que dicha reclamación de indemnización no fue solicitada expresamente al recurrente en amparo, era razonablemente previsible que pudiese venir obligado al abono de la misma como conductor de uno de los vehículos, habiendo podido utilizar los medios que consideró oportunos para defenderse de la misma. Por lo que por todo lo expuesto, procede desestimar el amparo formulado.»

(Sentencia núm. 125/1993, de 18 de abril. R.A. 1648/1990 «B.O.E.» de 25 de mayo de 1993. Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

IV. CÓDIGO PENAL**Artículos 10.15, 57 bis a) 57 bis b), 98, 174.3, 174 bis a), 174 bis b), 174 bis d) y 233.***Delitos terroristas o terrorismo*

(Ver sentencia número 89/1993, de 12 de marzo, sobre *Principio de legalidad. Tipicidad. Art. 25.1 C.E.*)

Artículo 112*Prescripción*

«Siendo la apreciación del sentido y alcance que haya de darse al instituto jurídico de la prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad criminal, una cuestión de legalidad que corresponde a los órganos judiciales ordinarios, y sobre cuya procedencia no puede entrar este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 152/1987 y 157/1990 y AATC 944/1986, 112/1987 y 347/1992, entre otros), nada hay que oponer, en principio, al contenido de las Sentencias impugnadas.»

(Sentencia núm. 150/1993, de 3 de mayo R.A. n.º 943/1990 «B.O.E.» de 28 de mayo de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón.)

Artículo 321

Intruismo. Agente de la Propiedad Inmobiliaria

«Debe comenzarse por señalar que en realidad, dicha subsunción no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión *in malam partem* del alcance del tipo en cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él, que vulnera frontalmente el principio de legalidad penal (ATC 324/1984). Conclusión que resulta obligada habida cuenta, por un lado, del origen del art. 321.1 del Código Penal, y, por otro, de la naturaleza de la titulación requerida para el ejercicio de los actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

En efecto, el término “título oficial” a que se refiere el art. 231.1 del Código Penal no puede ser entendido sino como “título académico-oficial”, vista la forma en que se gestó el mencionado precepto. Fue introducido en la revisión del Código Penal de 1944 operada por Decreto de 24 de enero de 1963, en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961, de 23 de diciembre, y, en concreto, por su base quinta, cuyo tenor literal era el siguiente: “El art. 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intruismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales. Se agravará la pena para el que, además de cometer los indicados actos, se atribuyese públicamente, sin serlo, la calidad de profesional. El art. 572 castigará como autores de una falta a los que, sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que no requiera título facultativo, pero sí permiso o capacitación oficial, y a los que teniendo título o grado facultativo, ejerzan la profesión sin estar inscritos en el Colegio, Corporación o Asociación oficial respectivos”.

Resulta claro que, al omitirse en su redacción definitiva el calificativo de “académico” que en la base quinta se unía indisolublemente al “título” cuya falta de posesión quería sancionarse, el art. 321.1 no respondió estrictamente al mandato convenido en la citada base quinta. De manera que, habida cuenta del superior rango normativo de esta última disposición, el precepto debe entenderse referido, exclusivamente, a la realización de actos propios de una profesión, cuyo ejercicio requiere estar en posesión de un “título académico” por quien carece de dicha titulación; y, en consecuencia a identificar el “título” a que en dicho párrafo se hace referencia con un “título académico oficial”.”»

«Existen, por otra parte, datos suficientes, para considerar que la omisión del adjetivo “académico” no perseguía el objetivo de ampliar el tipo de delito de intrusismo para incluir en el mismo conductas como la llevada a cabo por el recurrente y que por consiguiente la aplicación del art. 321.1 del Código Penal a dichas conductas contradice abiertamente la *voluntas legis*. Pues la omisión del mencionado “calificativo” se produjo en un contexto de absoluto respeto al resto de las indicaciones contenidas en la base quinta de la Ley de Bases de 1961. De tal suerte que en el hoy derogado art. 572.1 del Código Penal se tipificó como falta de intrusismo la conducta de quien “no estando comprendido en el art. 321 ejerciera actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida”. Precepto que habría quedado absolutamente vacío de contenido, por falta de ámbito de aplicación, de no entenderse referido, precisamente, al ejercicio de actos propios de una pro-

fesión que, a diferencia de lo previsto en el art. 321.1 no requiere estar en posesión de un título académico y sí de un reconocimiento oficial de menor rango. Sólo así habrían quedado perfectamente delimitadas las respectivas esferas del delito y de la falta de intrusismo, ya que, de otro modo, la excesiva ampliación del alcance del delito a costa de la falta devendría en inaplicación de esta última, al no poderse pensar en un título oficial que no estuviese ya incluido en la descripción típica inscrita en el art. 321.1 del Código Penal.

La coexistencia de ambos preceptos hasta la reforma del Código Penal operada en 1989 demuestra no sólo que el legislador de 1963 no fue ajeno a la idea de que su conexión sistemática, necesaria para poder deslindar los respectivos ámbitos de aplicación del delito y de la falta, impedía una interpretación del término "título" como la sostenida en las Sentencias aquí impugnadas, sino también que tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad inherente al principio de legalidad propio de un Estado de Derecho. Proporcionalidad que sigue manteniéndose en la actualidad más acentuada todavía, por cuanto la desaparición de la otra falta de intrusismo ha venido motivada por el propósito de descriminarizar dicha conducta, convirtiéndola en infracción administrativa. No puede, en consecuencia, reprocharse al legislador penal vulneración alguna del principio de legalidad, por haber redactado el art. 321.1 del Código Penal en unos términos tan abiertos que favorecían una interpretación como la realizada por las Sentencias recurridas, y sí, en cambio, a los órganos judiciales por haber desconocido que tanto el origen legislativo del art. 321.1 del Código Penal, como su necesaria conexión con el art. 572.1 —y, actualmente, con lo establecido en la disposición quinta de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal—, convertían a dicha interpretación en extensiva y contraria al principio de legalidad penal del art. 25.1 de la Constitución. Todo ello concuerda perfectamente con la identificación del "título" a que alude el art. 321.1 del Código Penal con un "título académico oficial". Pues, de esta suerte, quedaría reservado el ámbito de aplicación de dicho precepto a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia —vida, integridad corporal, libertad y seguridad—, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de aquellos estudios que requieren la posesión de un título universitario *ad hoc*, sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiere suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad, cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario, quedarían, respectivamente, satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaran actos propios de las mismas sin estar en posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada, incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 C.E.)».

«En la actualidad, conviven en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria muy distintos tipos de titulados, de extracción universitaria los unos, carentes de título académico los otros. Precisamente esta diversidad permite aseverar que, al no requerirse en todos los casos una titulación universitaria para tener acceso a la obtención

del “título” de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, debe negarse al mismo el calificativo de “académico”. Además, el hecho de que se requiera o no la condición de titulado universitario para tener acceso a la obtención del “título” de Agente de la Propiedad Inmobiliaria es indiferente a los efectos que aquí interesan. Concluir lo contrario obligaría a que, en el caso de que una futura norma estableciera que únicamente teniendo la condición de titulado universitario podría accederse a las pruebas establecidas para la obtención del título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria [lo que, por lo demás, resulta perfectamente concebible a la vista de que el anulado Real Decreto 1.613/1981, de 19 de junio, exigía para ello, en su art. 6. a) “hallarse en posesión de un título oficial Universitario” incluyendo entre ellos, por cierto, el de Profesor Mercantil, dicha profesión habría de incluirse automáticamente en el ámbito de protección del art. 321.1, olvidando así todo lo anteriormente expuesto al examinar la *ratio legis* de dicho precepto. No es, pues, el origen universitario o no del candidato a Agente lo relevante a efectos de la protección penal acordada por el delito del intrusismo. Lo verdaderamente importante es que el título en sí de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, obviamente, no es un “título académico”, puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y que, por ello mismo, no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el art. 321.1 del Código Penal la de quien realizare los actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida que para ello se requiere.»

(Sentencia núm. 111/1993, de 25 de marzo R.A. 298/1991 «B.O.E.» de 27 de abril de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

Artículo 321

Intruismo. Agente de la Propiedad Inmobiliaria

«El Pleno de este Tribunal ha declarado recientemente, en la STC 111/1993, pronunciada en un recurso de amparo cuyos presupuestos y motivos coincidían sustancialmente con los expuestos en el asunto que ahora se decide, que la subsunción en el art. 321.1 del Código Penal de la conducta consistente en ejercer actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, sin poseer el correspondiente título oficial, obedece a una interpretación extensiva de dicho precepto que resulta incompatible con las exigencias dimanantes del principio de legalidad penal, consagrado en el art. 25.1 C.E., en virtud de las cuales el “título” al que dicha norma se refiere ha de identificarse con un “título académico”. Por consiguiente, no presentando tal condición, el título requerido para ejercer la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria no puede calificarse de delito de intrusismo la conducta de quien realizare los actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficial que para ello se requiere.

Debe, por ello, concluirse que, al condenar al recurrente como autor del delito tipificado en el art. 321.1 C.P., las Sentencias impugnadas han llevado a cabo una interpretación extensiva *in malam partem* del término “título”, contenido en dicho precepto, que no es conforme a los principios y valores constitucionales. Esta aplicación extensiva que, frente a lo que sostienen el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y el Ministerio Fiscal, no constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria en la que este Tribunal no podría entrar sin convertirse con ello en una última instancia, sino que, por el

contrario, entra de lleno en el contenido constitucional del principio de legalidad penal, lo que lleva a la estimación del presente recurso de amparo por infracción del art. 25.1 C.E.»

(Sentencias núms. 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140/1993 de 19 de abril. R.A. 1462 y 1932/1991, 529, 623, 1238, 1633, 1896, 2069, 2071 y 2549/1992. «B.O.E.» de 25 de mayo de 1993. Ponentes: Carlos de la Vega Benayas, Fernando García-Mon y González-Regueral, Vicente Gimeno Sendra, Miguel Rodríguez Piñero y Pedro Cruz Villalón.)

Reitera la anterior doctrina

(Sentencias núms. 200 y 201/1993, de 14 de junio. R.A. 1834 y 2441/91. Ponente: Carlos Vives Pi-Sunyer. «B.O.E.» de 19 de julio de 1993.)

Artículo 344

Tráfico de drogas

(Ver sentencia núm. 55/1993, de 15 de febrero, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*. Artículo 24.1 C.E.)

Artículo 572

Falta. Intrusismo

«Ahora bien, tanto la cuestión relativa a la pretendida vulneración de los dos derechos fundamentales invocados como consecuencia de la obligación legal de colegiarse, como la referente a si el carácter público de los servicios prestados introduce alguna modificación en tal vulneración constitucional, han sido ya examinadas y resueltas por este Tribunal en sentido negativo.

Así, en relación con la primera, se afirmó en STC 89/1989 (recogiendo doctrina anterior sentada en STC 123/1987), que "... la colegiación obligatoria como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión no constituye una vulneración del derecho y principio de libertad asociativa, activa o pasiva...", así como que "... la obligación de inscribirse los profesionales en el Colegio y someterse a su disciplina no supone una limitación injustificada, y menos una supresión del derecho garantizado en el art. 22 C.E. y reconocido en el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos..., porque la adscripción obligatoria no impide en modo alguno que los profesionales colegiados puedan asociarse o sindicarse en defensa de sus intereses, ya que no puede afirmarse fundadamente que exista incompatibilidad o contradicción constitucional interna entre los arts. 22, 28 y 36 de la C.E., siendo así que dicha colegiación no impone límite o restricción al derecho a asociarse o sindicarse, participando en la fundación de organizaciones sindicales o afiliándose a las ya existentes" (fundamento jurídico 8.º, STC 89/1989).

También la segunda cuestión planteada ha sido tratada con anterioridad en supuesto semejante al presente, en el que el recurrente prestaba asimismo sus servicios profe-

sionales en institución dependiente del INSALUD, señalando la STC 131/1989 (fundamento jurídico 4.^º) que: "... La circunstancia de que el ejercicio de la actividad como médico especialista de neurología, en el presente caso, no se realice privadamente actuando como profesional liberal, sino en una institución dependiente del INSALUD, es, a estos efectos, irrelevante, pues, aunque esa actividad profesional se preste en un régimen funcionarial o de dependencia de una organización pública, no por ello deja de ejercerse la profesión de médico, a la que el Legislador, en su libertad de configuración, y las correspondientes normas estatutarias, han anudado legítimamente la obligación de la colegiación".

La simple aplicación de la anterior doctrina al supuesto nuevamente planteado a través del presente recurso, permite desestimar la pretensión de la recurrente. Los órganos judiciales se han limitado en ese supuesto a aplicar motivadamente la norma penal —art. 572 del Código Penal— que, tanto en su redacción correspondiente al momento del enjuiciamiento de los hechos, como en la actualidad —tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del citado Código—, tipifica como falta la carencia de colegiación reglamentariamente exigida, sin que la constitucionalidad de este precepto haya sido cuestionada por la recurrente. Es obvio —conforme mantiene el Ministerio Fiscal— que el Legislador podría haber optado por la no tipificación y sanción penal de dicha conducta, que la misma podría haber sido contemplada únicamente como ilícito administrativo o, finalmente, no serlo en ninguno de los dos órdenes; pero, con independencia de ello, y constatada su tipificación, ha de reiterarse lo ya señalado, esto es, que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales invocados por la recurrente —libre sindicación y libertad de asociación—, ninguna lesión constitucional de tales preceptos supone el establecimiento de dicha obligación por el Legislador o la regulación de las concretas consecuencias de su incumplimiento, por todo lo cual, la presente petición de amparo ha de ser desestimada.»

(Sentencia núm. 35/1993, de 8 de febrero. R.A. 2233/89. «B.O.E.» de 11 de marzo de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón.)

V. OTRAS LEYES

LEY PROCESAL MILITAR

Artículos 127, *in fine* y 141

«En la Ley Procesal Militar dicho ofrecimiento de acciones se establece en los arts. 141 y 127, *in fine*, en cuya virtud viene el Juez Togado Militar obligado a indagar, en las diligencias previas, quien sea el perjudicado u ofendido por el delito, comunicándole su incoación a fin de que pueda ejercitar la denominada acción penal adhesiva y efectuarle, en cualquier caso, el ofrecimiento de acciones, sin que del tenor de ambos preceptos pueda desprenderse, como afirma el Abogado del Estado, una supuesta naturaleza preprocesal de las diligencias previas que permitiría eludir la llamada a la causa del ofendido. Antes al contrario, dichas diligencias forman parte de la fase instructora, por lo que, una vez dispuesta su incoación, hay que prestarle declaración al ofendido y efectuarle el ofrecimiento de acciones con anterioridad a cualquier auto de archivo o de sobreseimiento, pues, en cualquier otro caso, se ha de producir el sacrificio del derecho a la tutela

y, con él el del principio de legalidad, que en nuestro ordenamiento no es confiado al Ministerio Público en régimen de monopolio (STC 108/1983 y 206/1992).»

(Sentencia núm. 37/1993, de 8 de febrero, R.A. 288/1990. Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 5.4

Infracción de norma constitucional

(Ver Sentencia núm. 181/1993, de 31 de mayo, sobre *Recurso de casación*.— Artículo 858 L.E.Cr.)

Artículo 87.2

Autorización de entrada en domicilio por el Juez de Instrucción

«En cualquier caso, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las cuestiones que plantea el recurrente relativas a la audiencia del interesado en estos supuestos y al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

En los AATC 129/1990 y 85/1992, a propósito de la audiencia del interesado en este tipo de actuaciones judiciales, hemos declarado que el ejercicio de esta función de control, preventivo y *prima facie*, no requiere que necesariamente y en todo caso el órgano judicial se pronuncie después de conocer los motivos de oposición del interesado, como si se tratase de un proceso, cuando lo cierto es que de lo único que se trata es de apoderar a la Administración para realizar una determinada actuación. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que el actor tuvo la oportunidad de poner en conocimiento del Juez sus razones para oponerse a la entrada en el edificio de su propiedad, a través de los sucesivos recursos de reforma y apelación.

Finalmente, y por lo que se refiere al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, las alegaciones del recurrente deben ser igualmente rechazadas pues, como hemos declarado, las cuestiones relativa a la atribución de competencias entre órganos judiciales no afectan al mencionado derecho (SSTC 59/1983 y 76/1992 y ATC 1.112/1988), perteneciendo a la libre configuración del legislador determinar a qué órgano jurisdiccional corresponde pronunciarse sobre las peticiones de entrada.»

(Sentencia núm. 174/1993, de 27 de mayo R.A. 1897/1990. «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Pedro Cruz Villalón.)

Artículo 94

Juez de Vigilancia Penitenciaria

(Ver Sentencia núm. 143/1993, de 26 de abril, sobre *esta voz*. Artículo 76 Ley General Penitenciaria.)

Artículo 117.3*Exclusividad de la competencia jurisdiccional*

(Ver sentencia núm. 63/1993, de 1 de marzo, sobre *Valoración de la prueba*. Artículo 741 L.E.Cr.)

Artículo 240*Nulidad de actuaciones*

«La solución que haya de darse a la anterior duda ha de partir necesariamente de la doctrina asentada por este Tribunal en materia de nulidad de actuaciones. En relación con ella, y a la vista de lo que dispone el art. 240.2 de la L.O.P.J., cuya validez constitucional quedó definitivamente despejada por la STC 185/1990, una petición de nulidad de actuaciones después de haber recaído Sentencia definitiva es manifiestamente improcedente. Pero también hemos tenido ocasión de matizar esta afirmación, y así en las SSTS 130, 131, 156 y 196/1992 reconocimos que la inidoneidad del cauce procesal utilizado por la parte para subsanar la indefensión producida no puede llevar por sí solo a considerar que ha existido un alargamiento artificial del plazo para recurrir en amparo que determine su extemporaneidad, pues el hecho de que el incidente de nulidad de actuaciones se suscitara en un período anterior a la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional en su STC 185/1990, impide considerar a la conducta procesal de la parte como una maniobra meramente dilatoria y notoriamente improcedente.»

(Sentencia núm. 192/1993, de 14 de junio R.A. 1622/1990 «B.O.E.» de 14 de junio de 1993. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

(Ver Sentencia núm. 196/1993, de 14 de junio, sobre *No agotamiento de recursos en la vía judicial*. Artículo 44.1 a L.O.T.C.)

Artículo 219.10*Causas de obstención y renovación. Conocimiento por el mismo tribunal del juicio consecuencia de la declaración de nulidad de la sentencia por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento*

«Lo que el órgano *a quo* sostiene es que el precepto cuestionado resulta constitucional por defecto, al no haber recogido una hipótesis que —viene a decirse— presenta *ratio análoga* a la identificable en los casos enunciados en el art. 219.10 L.O.P.J.; y la no previsión de esa hipótesis, y sus consecuencias implica, por sus consecuencias, una vulneración al derecho al proceso con todas las garantías. Por tanto, a efectos de decidir sobre el motivo de inconstitucionalidad que se aduce, no resulta ocioso examinar las razones que subyacen en las previsiones de las causas de abstención del art. 219.10 L.O.P.J.

A los fines de la garantía de las exigencias de imparcialidad objetiva que derivan del art. 24.2 C.E., el art. 219.10 L.O.P.J. configura como causas de abstención y, en caso, de recusación del Juez —vale recordar— las de “haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. La garantía de la imparcialidad objetiva así asegurada tiene en ambos casos —a los solos efectos que aquí importan— un común sentido, por demás evidente: la Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor. Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro —en el juicio o en el recurso— una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio o del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de la instrucción.

Ahora bien, la razón que así subyace en las causas de abstención y de recusación consideradas no puede reconocerse, sin embargo, en la hipótesis que examinamos:

a) Existe una primera diferencia entre el supuesto planteado en la cuestión de inconstitucionalidad y los que han sido contemplados en el art. 219.10 L.O.P.J. La garantía de la imparcialidad objetiva se afirma en estos últimos, mediante la abstención y la recusación, para no privar de eficacia al derecho del justiciable al juicio o al recurso, esto es, para evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso. Cuando se ha dado lugar, sin embargo, a la nulidad de actuaciones “por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento” (art. 796.2 L.E.Crim.) el justiciable —condenado ya en la instancia— tiene derecho, estrictamente, a la reparación de los vicios advertidos, mediante la retroacción de lo actuado, y a que el juzgador aprecie y pondere la incidencia y repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa. Se dará o no tal incidencia y se impondrá o no, por tanto, la rectificación de la anterior Sentencia, pero el derecho del acusado queda preservado, en cualquier caso, mediante la reparación de las actuaciones viciadas y la consideración de las mismas por el Juez a efectos de apreciar si su primer pronunciamiento, luego anulado, debe ser mantenido o alterado.

b) Claro está que el juzgador cuya Sentencia de condena fue anulada por vicios de procedimiento se formó y expuso ya una convicción sobre el fondo de la causa y, en concreto, sobre la culpabilidad del acusado, pero se equivoca el Juez *a quo* al pretender que tal convicción representa un impedimento insalvable frente a la imparcialidad constitucionalmente exigida al juzgador, y resulta, a efectos de abstención y de recusación, parangonable a la que pudo formarse el instructor de una causa o a la que queda fijada en toda Sentencia dictada, sin perjuicio de su recurribilidad, al término de un procedimiento irreprochable. La convicción expuesta en la Sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al Juez que cometió la infracción procesal que repare, primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la Sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabili-

dad del acusado. Tal es el remedio, tradicional y general, que nuestro Derecho establece en estos casos (STC 245/1991, fundamento jurídico 6.^º) y no cabe desconocer el interés institucional presente en esta técnica de la retroacción ante el propio órgano judicial que cometió la infracción, a quien, de este modo, se le impone una pública rectificación de lo actuado. Es claro, en todo caso, que ningún juzgador puede invocar una convicción defectuosamente fundada para eludir o soslayar su reparación.

c) Lo anterior sólo podría ser puesto en cuestión, desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, si la reparación de los vicios de procedimiento por el propio Juez que ya sentenció pudiera engendrar en el justiciable —y en la comunidad, en general— un recelo de parcialidad o, por mejor decir, un temor racional a que lo nuevamente actuado no fuera en absoluto tenido en cuenta a la hora de dictar la nueva resolución de fondo, pues si así fuera, es claro que padecería la confianza en los Tribunales, a cuyo servicio está la garantía que aquí consideramos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *De Cubber*, Sentencia de 26 de octubre de 1984). El legislador —que es a quien, en primer lugar, compete tal apreciación— no lo ha estimado así y, a la luz de lo expuesto, no cabe considerar contrario a la Constitución este criterio. En supuestos de retroacción por nulidad no se le exige al juzgador —vale reiterar— que altere, sin más, sus convicciones ya expuestas, sino que las reconsidera a la luz de lo nuevamente actuado y reside precisamente aquí, en el contraste entre la nueva resolución a dictar y las actuaciones reemprendidas, una medida objetiva para apreciar, y para controlar, en su caso, si el órgano judicial llevó efectivamente a cabo, como el ordenamiento le impone, aquella reconsideración. La objetividad de este criterio garantiza así el deber judicial de fallar según lo actuado y preserva, con ello, la confianza en la justicia.

Cuanto antecede conduce, como bien se comprende, a rechazar la presente cuestión, pues no cabe censurar de inconstitucionalidad al art. 219.10 L.O.P.J. por no haber incorporado a su texto una hipótesis de abstención y de recusación que no guardaría relación, como queda argumentado, con los supuestos previstos en aquel precepto. El legislador puede, con los límites también reseñados, modificar aquellas causas de abstención y de recusación y puede asimismo, si lo llegara a considerar procedente, incluir entre ellas la hipótesis que aquí hemos examinado, pero en modo alguno cabe sostener que tal acto positivo de legislación sea un imperativo constitucional.»

(Sentencia núm. 157/1993, de 6 de mayo C.I. 309/1991, «B.O.E.» de 28 de mayo de 1993. Ponente Luis López Guerra.)

LEY GENERAL PENITENCIARIA

Artículo 76 y 94

Juez de vigilancia penitenciaria

«Es necesario insistir una vez más en el relevante cometido que en nuestro sistema penitenciario corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria (SSTC 73/1983, fundamento jurídico sexto; 74/1985, fundamento jurídico segundo; 2/1987, fundamento jurídico quinto; 190/1987, fundamento jurídico cuarto), en el control *a posteriori* de la potestad sancionadora de la Administración Penitenciaria, subordinada en su ejercicio a la autoridad judicial, a quien le corresponde “resolver por vía de recurso las reclamacio-

nes que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias” [art. 76.2, e) L.G.P.] y cuya función supone una potenciación del momento jurisdiccional en la imposición de sanciones disciplinarias penitenciarias. Esta importante función tiene su reflejo no sólo en el art. 76 de la L.G.P., que atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”, sino también en el art. 94 de la L.O.P.J. que alude junto al “control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias”, al amparo “de los derechos y beneficios de los internos”».

(Sentencia núm. 161/1993, de 17 de mayo. R.A. 2271/1990 «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Luis López Guerra.)

Artículo 76

Juez de Vigilancia Penitenciaria

«Como ya señalábamos en nuestra STC 73/1983, es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados. La importante función que desempeña en nuestro sistema penitenciario el Juez de Vigilancia tiene su reflejo en el art. 76 de la vigente Ley General Penitenciaria que le atribuye la salvaguarda de los derechos de los internos y la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. El propio art. 94 de la LOPJ fija como funciones de este órgano judicial el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y el amparo de los derechos y beneficios de los internos. Es claro así que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria constituyen una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos y que, por ello, debe garantizarse y exigirse la actuación de estos órganos judiciales especializados (STC 2/1987, fundamento jurídico 5.º).»

(Sentencia núm. 143/1993, de 26 de abril R.A. 1377/1990 «B.O.E.» de 28 de mayo de 1993. Ponente: Luis López Guerra.)

REGLAMENTO PENITENCIARIO

Artículos 116.2, 129, 130.1, 131.1 e) y 281.5

Expediente disciplinario: Asesoramiento al interno

«La posibilidad del interno de asesorarse durante la tramitación del expediente disciplinario aparece recogida en el art. 131.1 e) del R.P. Aunque el citado precepto no establece de modo expreso como ha de hacerse efectivo tal asesoramiento, aquella posibilidad comprende, como es obvio, y así lo tiene declarado este Tribunal, la asistencia del Abogado del interno, bien para contestar al pliego de cargos, bien con carácter previo a la comparecencia de éste ante la Junta de Régimen y Administración (SSTC

74/1985, fundamento jurídico cuarto; 21/1987, fundamento jurídico sexto; 190/1987, fundamento jurídico tercero; 192/1987, fundamento jurídico segundo), e incluso cabe admitir, dada la redacción abierta del citado precepto reglamentario y las previsiones de la legislación penitenciaria, que dicho asesoramiento pudiera ser prestado por otras personas, o, en particular, por funcionarios del propio Centro Penitenciario. Así, el art. 281.5 del R.P. establece que corresponde al jurista criminólogo informar a los internos, a los efectos previstos en el art. 130.1 del R.P., siempre que sea requerido para ello por el interno y no ostente vocalía en la Junta de Régimen y Administración. Sin necesidad de entrar a analizar los distintos supuestos en los que pudiera concretarse la posibilidad de asesoramiento que configura el art. 130.1 R.P., es de destacar, a los efectos que a este amparo interesa, la especial relevancia que dicha posibilidad de asesorarse implica como garantía para que el interno pueda preparar adecuadamente su defensa en el procedimiento disciplinario frente a los cargos que se le imputan, siendo, por otra parte, de preceptiva observancia en la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves, a tenor del art. 116.2 del R.P., el procedimiento sancionador regulado en los arts. 129 y siguientes del R.P. entre cuyos actos procedimentales básicos se prevé la mencionada posibilidad de asesoramiento.»

(Sentencia núm. 161/1993, de 17 de mayo. R.A. 2271/1990 «B.O.E.» de 21 de junio de 1993. Ponente: Luis López Guerra.)

VI. TRATADOS INTERNACIONALES

TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

Artículo 177

Planteamiento de la cuestión de prejudicialidad

«El último párrafo del art. 177 del TCEE establece que cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, “dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretando el mencionado precepto (Sentencias TJCE de 16 de diciembre de 1974, asunto 166/1973; de 12 de febrero de 1974, asunto 146/1973, y de 10 de octubre de 1982, asunto 238/1981), para que dicha obligación pueda reputarse existente es preciso que el órgano judicial en cuestión abrigue una duda razonable acerca de la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, y que la solución de dicha duda sea necesaria para poder emitir su fallo. De manera que no procederá que se suscite la cuestión prejudicial cuando el Juez nacional no tiene duda alguna sobre cuál es la interpretación que ha de darse a la disposición comunitaria o cuando la respuesta que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda dar a dicha cuestión no sea determinante de la solución que haya de darse al litigio.

Sin perjuicio de que el art. 177 del TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario europeo y no constituye por sí mismo canon de consti-

tucionalidad (SSTC 28/1991 fundamento jurídico 4.^º, y 64/1991, fundamento jurídico 4.^º), ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 C.E. cuando el Juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 67/43/CEE ni sobre su falta de aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, fundamento jurídico 1.^º, 133/1987, fundamento jurídico 1.^º; 119/1991, fundamento jurídico 2.^º, y 151/1991, fundamento jurídico 2.^º), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irreversible al órgano judicial y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo.

Por último, no es ocioso señalar que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su reciente Sentencia de fecha 28 de enero de 1992 (asuntos 330 y 331/1990), se ha pronunciado sobre dos cuestiones prejudiciales del mismo tenor que la suscitada por el recurrente, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Alicante.

En dicha resolución, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado que “la Directiva CEE 67/43 no se opone a una normativa nacional que reserva ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a las personas que ejercen la profesión regulada de Agente de la Propiedad Inmobiliaria”, no pudiendo, por consiguiente considerarse incumplida por las previsiones que en dicho sentido se contienen, respectivamente, en el Decreto 3.248/1969 y en el Real Decreto 1.464/1988.

Por todo ello, ha de concluirse que no ha existido vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, ni mucho menos del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes que el recurrente anuda de manera inconsciente a la denegación por los órganos judiciales del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.»

(Sentencia núm. 111/1993, de 25 de marzo R.A. 298/1991. «B.O.E.» de 27 de abril de 1992. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo.
Profesor Titular de Universidad. Abogado del Estado.

Artículos 6 bis b) y 586.3.^º

Caso Fortuito. Doctrina General. Imprudencia

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Granados Pérez.)

UNICO.— En el único motivo del recurso, por infracción de Ley, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca aplicación indebida del artículo 586.3.^º en relación con el artículo 407, ambos del Código Penal y falta de aplicación del artículo 6 bis b) del mismo texto legal.

Discute la doctrina si el caso fortuito pertenece al área de la culpabilidad o al tipo de injusto. Defienden lo primero los que conciben el dolo y la culpa como formas de culpabilidad y el caso fortuito como una causa de inculpabilidad. La segunda postura es mantenida por quienes entienden que el caso fortuito no excluye la culpabilidad sino el injusto, por falta de la acción, lo que determina la ausencia del injusto típico.

Todos coinciden, empero, en que el caso fortuito excluye el dolo y la culpa, produciéndose, pues, una ausencia absoluta de todo reproche jurídico-penal, al presentarse el suceso como imprevisible para el sujeto. Cuando se habla de previsibilidad es preciso advertir que no se alude a toda posibilidad de prever, sino a la posibilidad de prever con una cierta medida de diligencia, ya que incluso los acontecimientos más extraordinarios pueden preverse con una diligencia igualmente extraordinaria.

El recurrente, según el relato histórico de la sentencia, del que forzosamente se debe partir, dado el cauce procesal esgrimido, observó como en la planta del edificio en que tiene su domicilio, a las tres horas de la mañana, un individuo se encontraba muy excitado y violento, dando fuertes golpes en las puertas de los ascensores, conducta que fue recriminada por otro de los vecinos del inmueble, reaccionando el sujeto con insultos y ademán de dirigirse contra ese vecino que optó por regresar a su vivienda y cerrar la puerta. Al presenciar dicho incidente, el acusado decidió entrar igualmente en su vivienda

para llamar a la Policía, pero cambió de parecer por si sucedía algo antes de que llegara la Policía, y decidió coger su pistola reglamentaria de comandante del ejército, arma con la que pretendía atemorizar y ahuyentar al mencionado individuo, al que increpó desde el dintel de la puerta, y como no cesara en su aptitud y volviera a proferir insultos y amenazas y de repente se encaminara con ademanes agresivos hacia el inculpado, del que le separaban unos siete metros, éste cogió su pistola que previamente había dejado sobre un aparato de aire acondicionado, y la exhibió, accionando el mecanismo para la posición de disparo. Pese a ello su oponente, prosiguió su andadura en actitud de abalanzarse hacia el encausado, al que llegó a propinar una primera parada sin alcanzarle, no así con la segunda, que impactó en el antebrazo derecho del imputado, provocando que el arma engatillada se disparase y alcanzase el proyectil en la cabeza de la citada persona, que cayó al suelo y falleció al instante. El acusado era la primera vez que veía al fallecido, que hacía unos meses vivía con su hermana en el inmueble y asimismo desconocía que padecía esquizofrenia paranoide con episodios cicloides de carácter violento.

El Tribunal de instancia, en sus fundamentos jurídicos, expresa que el hecho de coger un arma de fuego y montarla, implica la introducción de una factor de alto riesgo en el incidente producido, lo que no era necesario ni conveniente, en cuanto el otro vecino ya se había guarecido dentro de su vivienda y el agresor no portaba arma alguna. Se añade, que el acusado no actuó cumpliendo con el deber objetivo de cuidado necesario y adecuado para dominar la situación, sino que introdujo un factor de elevado riesgo que intervino en la relación causal que desencadenó el fallecimiento de la víctima.

Razona, asimismo, el Tribunal sentenciador, que los hechos podrían subsumirse dentro de la imprudencia temeraria, sin embargo, atendiendo a la hora en que se produjeron los hechos, la rapidez con que se desarrolló el accidente, y el que el encausado, recién levantado de la cama por el suceso alarmante, no estaba en las mejores condiciones para apreciar las circunstancias concretas del incidente y el estado del agresor, por lo que su infracción del deber de cuidado ha de subsimirse en la mera falta de imprudencia simple.

La pretensión del recurrente, de que los hechos antes descritos suponen un desgraciado accidente en los que no ha intervenido de su parte culpa alguna, ni siquiera leve, y que debe reputarse como caso fortuito, es, a todas luces insostenible.

El Tribunal de instancia ha realizado un serio esfuerzo, que se aprecia en la relación histórica de los hechos acaecidos, de acoger aquellos factores que benefician la postura del acusado, en lo que concierne a la entidad del deber subjetivo de cuidado. Ello, en modo alguno, empece, su incontestable conclusión de que ha existido infracción del deber de cuidado, produciéndose un resultado de la mayor gravedad —la vida de un ser humano— que era previsible para cualquier persona medianamente diligente —en este caso se trata de un profesional militar al que se le debe exigir una mayor cota de cuidado en el manejo de las armas de fuego— que impide acoger la pretensión del único motivo del recurso.

Artículo 8.3.^º

Alteración de la percepción. Sordomudez

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Granados Pérez.)

TERCERO.— Será objeto de examen, a continuación, la infracción del precepto penal sustantivo que se invoca al amparo del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, partiendo de los hechos que se declaran probados adicionados con los extremos acabados de mencionar.

La alteración de la percepción viabilizadora de la eximente recogida en el número 3.º del artículo 8 del Código Penal requiere, como elementos complementarios, que se sufra desde el nacimiento o desde la infancia y que produzca grave alteración de la conciencia de la realidad.

Esta Sala, en la sentencia de 14 de marzo de 1987 se planteó el dilema de si esta causa de inimputabilidad exigía una previa limitación física o biológica o era suficiente una limitación de la percepción de la realidad derivada de su entorno social desfavorable. Tras examinar los elementos semánticos que la componen y realizar una intérpretación contextual y sistemática del precepto alcanza la conclusión de que la deficiencia sensorial, presupuesto biológico, resulta imprescindible, como elemento previo, pero requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad. Y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes críticas derivada de la incomunicación con el entorno social, sin que se hayan puesto en marcha los oportunos procedimientos correctores o rehabilitadores. Otra sentencia de esta Sala, la de 20 de abril de 1987, en la línea marcada por la anterior, entiende que «grave alteración de la conciencia de la realidad, en términos generales, no es sino profunda desfiguración interpuesta en el conocimiento reflexivo de las cosas, que equivale, en el contexto de esta eximente, a erróneo o distorsionado conocimiento de los elementos de la cultura que reglan la interacción social: valores, normas y pautas de comportamiento vigentes. Cuando una persona sufre en su conciencia un déficit de esta naturaleza, con tal intensidad que, no habiéndole sido transmitido un marco de referencia ético —cultural—, no ha llegado a ser, desde este trascendental punto de vista, un verdadero miembro del grupo social al que teóricamente pertenece, puede decirse que existe en él una grave alteración de la conciencia de la realidad. Ahora bien, para que la misma produzca su efecto tipicamente exonerador, ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial —sordomudez, ceguera— o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad».

La doctrina jurisprudencial que se deja expresada abona la aplicación completa de la eximente que estudiamos en el caso que no ocupa.

Concurre el presupuesto orgánico —el recurrente es sordomudo desde la infancia— al que se une la condición negativa de ausencia total de instrucción o educación correctora, hasta el extremo que desconoce el lenguaje de los sordomudos, sin que pueda afirmarse, dados los extremos recogidos en el informe pericial médico, que tenga conciencia de la realidad normativa y ética y de las pautas en conductas propias de la sociedad a la que pertenece. Su incomunicación es casi total, carece de «aptitudes críticas», a las que antes se hizo referencia, para valorar el alcance y trascendencia de los actos enjuiciados en los que ha tomado parte —ofreció sustancia estupefaciente a un funcionario de policía—, especialmente cuando es ocasional consumidor de tales sustancias.

Su capacidad de culpabilidad no permite, en este caso, una respuesta penal. No es la cárcel sino la medida de internamiento en un centro educativo especial, al que se refiere el párrafo segundo del número 3.^º del artículo 8 del Código Penal, a la que debe someterse el recurrente. El motivo, con esta especial consecuencia, debe ser estimado, apreciándose la concurrencia de la circunstancia eximente número 3 del artículo 8 del Código Penal.

Artículos 8.11.^a y 9.1.^a

Cumplimiento de deber. Funcionario de policía. Homicidio. Eximente incompleta

(Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1992. Ponente Sr. Martín Pallín.)

TERCERO.— El motivo tercero por infracción de ley se articula al amparo del n.^º 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la eximente incompleta 1.^a del artículo 9 en relación con la 11 del artículo 8 todos del Código Penal.

1.— Sostiene el recurrente y comparte esta Sala que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, cumplen una misión prestigiosa, cuya función fundamental, entre otras, consiste en la prevención del delito, en el esclarecimiento de los ya perpetrados, en el descubrimiento de sus autores y en la aprehensión de los mismos, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial, misión que hoy día requiere extraordinaria abnegación, sacrificio y hasta desprecio de la propia vida, pues con frecuencia sus miembros han de enfrentarse en primera línea con una delincuencia violenta y contumaz. Todo ello hace necesario que su actuación se rija por las normas orientadoras que nacen de su formación profesional en las respectivas academias y por criterios de ponderación puntual de todas las circunstancias concurrentes en cada caso.

El hecho probado reconoce y afirma que el recurrente se encontraba de servicio y en el ejercicio propio de las funciones de su cargo y describe minuciosamente la forma en que se produjo el hecho y cómo se se acercó al automóvil que conducía la persona del sospechoso que resultó muerto por uno de los disparos efectuados.

2.— Como elemento o presupuesto subjetivo de esta circunstancia se debe dar en el que actúa la condición de ser Autoridad o Agente de la misma, requisito que se da en el recurrente que además se hallaba en el momento del hecho en el ejercicio propio de las funciones de su cargo.

En segundo lugar el agente tiene que actuar ajustándose a los principios de necesidad y proporcionalidad que sirven para delimitar los límites objetivos hasta donde puede alcanzar la acción de la Autoridad o de sus agentes. El uso de la fuerza debe ser exclusivamente el necesario para ejercitarse la función que tiene encomendada. No se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima, basta con que el agente se encuentre ante una situación que exige una intervención para defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos, por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

En los casos en que no es necesario ningún tipo de fuerza faltaría el requisito de la necesidad, pero puede suceder que siendo necesaria la fuerza se haya empleado cual-

quier género de ella que resulte excesiva atendiendo la situación concreta en la que se actúa.

3.— Además del empleo de la fuerza en los casos en que sea necesario este uso debe ser proporcionado a la gravedad del caso porque no en toda situación y en cualquier caso el funcionario de policía está legitimado para hacer uso del arma reglamentaria. Se deben ponderar las circunstancias concurrentes en este caso tal como nos las describe el relato fáctico, es decir el funcionario de policía avanzó por el lado izquierdo del automóvil hasta situarse a la altura la puerta izquierda empuñando el arma reglamentaria, mientras otro compañero quedó situado a la altura de la puerta trasera izquierda y otro más se situaba por la parte derecha a la altura del lateral trasero derecho, cubriendo la acción.

Esta disposición de efectivos permitía un cierto dominio de la situación y procuraba a los actuantes una superioridad numérica que permitía hacer frente a diversas reacciones de la persona que iba a ser detenida. No consta en el hecho probado que el sospechoso hiciera además de sacar el arma si bien se afirma que pretendió huir poniendo en marcha el vehículo.

Por los antecedentes que se citan en la causa no era descartable una reacción violenta y peligrosa, pero ello no autorizaba la utilización del arma como única respuesta a la situación. Tanto el artículo 44 de la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 —que estaba vigente en el momento de comisión de los hechos como el actual artículo 14.2.c) y d) de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que recuerdan que se debe actuar con conocimiento y respeto de los principios de necesidad, racionalidad, proporcionalidad y congruencia en el uso de las armas.

La ausencia de esta necesaria proporcionalidad en el desempeño de la misión que tenía encomendada el recurrente descarta la aplicación de la eximente completa y no lleva a la eximente incompleta en los términos en que ha sido apreciada por la Sala Sentenciadora, quien debe ser mantenida en este punto con la consiguiente desestimación del motivo.

Artículo 9.3.^a

Atenuante de minoría de edad. Cómputo

(S.T.S. de 18 de mayo de 1992. Ponente Sr. Bacigalupo Zapater.)

Primero. El primer motivo del recurso se fundamenta en la infracción del art. 9.3.^º CP, dado que cuando tuvo lugar el hecho que se imputa a Francisco L.B., éste no había cumplido los 18 años. Estima el recurrente además, que la atenuante se debió considerar como muy cualificada. El Ministerio Fiscal apoya el motivo.

El motivo debe ser parcialmente estimado.

El procesado Liria B., según surge de la hoja histórico penal que obra al folio 23 del sumario ha nacido el 3 de abril de 1968. El delito de robo por el que se le condenó, por su parte, tuvo lugar el 3 de abril de 1986, a las 22 horas. Como lo señala el Fiscal, refiriéndose a la STS de 14-1-88, *la edad penal se debe computar de momento a momento, sin sujeción a lo establecido en el art. 315 C.C.* Por lo tanto, en la medida en la que no cabe excluir que el procesado Bartolomé no hubiera alcanzado aún la mayoría de edad penal, se debe aplicar la pena según lo dispuesto en el art. 65 CP.

Sin embargo, no cabe apreciar en este caso la atenuante del 9.3.^a CP como muy cualificada, dado que, de todos modos la reducción de la madurez del procesado, si existió, ha sido mínima, ya que el hecho fue cometido posiblemente sólo quedaban dos horas para que se hubieran despejado todas las dudas respecto a su mayoría de edad.

Artículo 9.3.^a

Atenuante de minoría de edad. Cómputo

(Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Delgado García.)

TERCERO.— En la 2.^a parte del motivo único del presente recurso se alega infracción del n.^º 3.^º del art. 9 del C.P., pues, se dice, debió aplicarse la circunstancia atenuante que tal norma prevé a favor de Juan Rodríguez Rejano, porque el hecho se cometió el mismo día en que éste cumplía los 18 años, alegación que ha de ser acogida conforme se razona a continuación.

Para que la persona física adquiera las condiciones exigidas para su imputabilidad penal, es necesario, como presupuesto ineludible, que haya alcanzado una edad por la cual se puede estimar que tiene una capacidad normal de conocer y querer.

Dentro de los sistemas posibles para la fijación de tal edad, el legislador español, abandonados otros criterios anteriores que plantearon importantes problemas, ha optado por la determinación de una, la de 16 años, antes de la cual «iuris et de iure» se presume la inimputabilidad, y otra, la de 18, a partir de la cual se establece la presunción «iuris tantum» de imputabilidad plena, y para la etapa intermedia, comprendida entre los 16 y los 18 años, ha previsto una atenuación cualificada o una sustitución de la pena por una medida de seguridad (art. 65), todo ello en beneficio de la juventud, para mejor proteger a quienes incurren en infracciones que la ley tipifica como delitos en épocas en las que ha de entenderse que aún no se ha alcanzado la plena madurez.

Tal finalidad legal de protección al menor exige que la interpretación de estas normas penales haya de hacerse siempre con un criterio favorable a la extensión de la exención o de la atenuación de la responsabilidad, en definitiva en beneficio del reo.

Por ello no cabe aplicar al problema aquí examinado el criterio que el art. 315 del C.C. recoge para el cómputo de la mayoría de edad, cuando al respecto dice que «se incluirá completo el día del nacimiento».

Esta norma tiene su origen en una Ley de 13 de septiembre de 1943, que estableció los 21 años como mayoría de edad civil a los efectos de unificar la legislación civil con la mercantil y la común con la de las regiones forales, expresando tal disposición en su preámbulo su finalidad de favorecer a los jóvenes que así quedaban emancipados de la patria potestad en edad más temprana (para premiar la conducta heroica de la juventud española, se dijo en aquella época).

Sería desvirtuar esa finalidad beneficiadora de los adolescentes aplicar ese cómputo del art. 315 del C.C. a los supuestos de determinación de los 16 ó los 18 años como causas de exención o de atenuación de la responsabilidad penal, pues ello perjudicaría al delincuente joven, al adelantar el cumplimiento de esas edades al momento de terminar el día anterior al del correspondiente aniversario (véase la Sentencia de esta Sala de 25-2-1964). El criterio del art. 315 que es beneficioso en materia civil, pues adelanta la adquisición de la plena capacidad de obrar (art. 322), no lo sería en el aspecto ahora examinado.

Por todo ello, el cómputo en esta materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento, que debe constar en el Registro Civil. Así se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 14 de enero de 1988, citada en el escrito de recurso.

Si, como ocurre en el caso presente, no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado («*in dubio pro reo*»), de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo, y, por consiguiente, que éste ocurrió cuando aún no habían sido cumplidos los años correspondientes (en este caso los 18). Véase, también en este sentido, la mencionada sentencia de 14 de enero de 1988.

Así pues, ha de estimarse que concurre aquí, también respecto de Juan, la circunstancia atenuante 3.^a del art. 9 del C.P. que la Audiencia sólo apreció en Miguel Angel, lo que obliga a acoger esta parte segunda del motivo único objeto del presente recurso.

Artículo 9.4.^a

Preterintencionalidad. Hurto

(S.T.S. de 15 de junio de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

Primero. La sentencia de instancia condena al procesado, como autor de un delito de hurto, con la agravante específica, muy cualificada, de notorio valor de los efectos sustraídos (2.800.000 pesetas) y la concurrencia de la genérica de reincidencia, a la pena de 2 años, 4 meses y 1 día de prisión menor, accesorias y costas, así como a indemnizar a la perjudicada en la suma de 1.500.000 pesetas.

Contra referida sentencia se alza en impugnación casacional el acusado, con apoyo procesal en el número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por corriente infracción de Ley y un sólo y único motivo, en el que se aduce error de derecho devenido de la no apreciación en la comisión del hecho de la atenuante de «preterintencionalidad» del artículo 9.4 del Código Penal, que considera vulnerado por inaplicación.

Segundo. La *preferintencionalidad «homogénea»* (única subsistente tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio), contemplada en el artículo 9.4 de dicho Código sancionador como atenuante, implica una incongruencia, distonía o discordancia entre el elemento subjetivo de la infracción (la intención) y el objetivo (el resultado), de tal modo que este último es más grave que el entrevisto y querido por el agente, origiéndose un «*ultra propositum*» o «*plus in effectu*» (Cfr. SS. de 24 de abril de 1987, 23 de mayo de 1989, 19 de febrero de 1990 y 5 de febrero y 15 de octubre de 1991).

Pretendida la minoración de la responsabilidad penal del agente de la infracción, por juego de la «preterintención», la función y misión del Tribunal no es otra que la de determinar si realmente el resultado excedió de aquello que se propuso perpetrar con la comisión del hecho delictivo (Cfr. S. de 27 de mayo de 1991), mas como la verdadera intención que anima al sujeto activo en cada caso, se halla inmersa en lo más profundo e infranqueable del intelecto humano, el juzgador ha de lograr la indispensable convicción del verdadero alcance del propósito delictual, indagando en el valioso material obtenido a través de los actos, anteriores, coetáneos o posteriores, exteriorizativos de dicha

intención, que examinará y valorará ponderadamente (Cfr. SS. de 29 de enero de 1977 y de 21 de marzo, 6 de abril y 23 de mayo de 1989).

Superado el criterio generalizado mantenido en la añeja doctrina de esta Sala, indicativo de que no cabía apreciar la atenuante referida en los delitos contra la propiedad, dado que, de ordinario, o en la mayoría de los casos, la intención del agente cubre la totalidad del resultado y, si había disparidad entre lo obtenido y lo querido era (y es) a la inversa, al verse defraudado el agente por no haber alcanzado, todo el lucro que se proponía, hoy en día no hay obstáculo alguno para que la atenuante pueda ser apreciada en relación a los delitos de la naturaleza de los anteriormente mencionados, cuando del relato del facto acreditado aparezca que concurren las circunstancias de hecho integradoras de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal referida (Cfr. S. de 28 de octubre de 1980), y así, «ad exemplum», la *espontánea devolución del exceso de lo que se pensaba sustraer*, haciéndolo llegar, aunque fuera de forma encubierta a su legítimo propietario (Cfr. S. de 29 de enero de 1976).

Tercero. Del «factum» acreditado —cuyo respeto se impone dado el cauce casacional elegido— no se deduce ni intuye, en forma alguna, acto realizado por el procesado del que pudiera inferirse que su intención hubiera sido rebasada por el resultado, y sí, por el contrario, el dato objetivo de haber dispuesto de más de la mitad de las joyas sustraídas, por un montante de 1.500.000 pesetas, y recuperado el resto valorado en 1.300.000 pesetas, lo que, por sí solo, revela la ausencia de la «preterintencionalidad» aducida.

Conclusión reforzada si se tiene en cuenta que no intentó, en manera alguna, la devolución del resto del exceso de lo que pretendió sustraer —según dice el recurso—, lo que le hubiera sido fácil teniendo en cuenta que el apoderamiento lo llevó a cabo del maletero de un automóvil, del que sus dueños se hallaban descargando el equipaje, lógicamente para entrarle en el edificio junto al que se hallaba aparcado el móvil y, por tanto, conociendo el domicilio, permanente o accidental, de la perjudicada.

El motivo debe decaer.

Artículo 10.1.^a

Alevosía. Doctrina General

(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992. Ponente Sr. Soto Nieto.)

SEGUNDO.— En la alevosía convergen y se dan cita una serie de factores de diversa índole que le imprimen una naturaleza mixta, con cierta predominancia de los de índole objetiva, característico «modus operandi» revelador de un plus de antijuridicidad, pero aflorando, a la vez, un suficiente índice de culpabilidad, un elemento intencional o teleológico, presumiendo en el agente la interposición de un medio querido para el aseguramiento del resultado, un comportamiento externo regido por la voluntad o finalidad del actor, una conciencia, en suma, de que el proceder delictivo se desarrolló en unas condiciones especiales favorecedoras del propósito criminal. Si en principio las posiciones subjetivas tuvieron cierto relieve y predicamento al resaltarse que la alevosía representaba una de las mayores vilezas que podían impulsar la actividad del delincuente, originando serio peligro y cundida alarma en el medio social, la reacción en pro de su tono y cuño objetivo apuntó hacia la intensificación de antijuridicidad derivada de la

creada, buscada o aprovechada indefensión de la víctima, merced al despliegue de medios, modos o formas de realización que dotan de cierta seguridad al acto criminal, tanto en la vertiente de eliminación de cualquier actuación defensiva del atacado como en la relativa al aseguramiento del resultado proyectado y entrevisto. El hábito de subjetividad se halla presente en cuanto quien emplea los medios viene presidido por la intención de evitar toda suerte de riesgos, asegurando, a la vez, la ejecución; ante semejante intensificación de antijuridicidad y de incremento de culpabilidad, la alarma del medio crece y la repulsa social se hace más patente. Los instrumentos o modos se afinan en aras de la más certera realización de la acción criminal; la dinámica comisiva propende, inexorable e inequívocamente a eliminar cualquier oportunidad de reacción de la víctima. Entre las modalidades de asesinato alevoso incardinables en el número 1.º del artículo 406 del C.P., se hallan el aleve por sorpresa, caracterizado por el ataque súbito e inesperado, con total falta de prevención por parte del afectado dado el modo repentino e inopinado de la agresión; y el realizado con aprovechamiento del estado de indefensión en que pudiera encontrarse el ofendido (Cfr., entre muchas, sentencias de 5 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1983, 16 de mayo y 23 de diciembre de 1985, 2 de diciembre de 1987, 29 de febrero y 8 de julio de 1988 y 23 de enero de 1990).

TERCERO.— Se recoge en el *factum* que cuando los tres procesados estaban a punto de abandonar el bar, tras el expolio del dinero y objetos que se mencionan, se acercó a la puerta el que resultó ser José Benito Rodríguez, sargento-comandante del puesto de la Guardia Civil, vestido de paisano, que había acudido atendiendo la llamada telefónica efectuada al Cuartel de la Guardia Civil por un vecino. Esgrimía el sargento una pistola Star, calibre 9 corto, apostándose al lado de la puerta lateral de entrada al bar. Al cominarle González Novoa para que entrase, aquel le contestó que salieran, «que los iba a poner finos» o frase similar, llegando a disparar uno y otro sus armas repetidas veces. «Tras unos instantes sin producirse disparo alguno, el Sr. Rodríguez, que hasta entonces se había mantenido en el exterior de la puerta lateral..., se decidió a traspasar el umbral de la dicha puerta en dirección hacia la barra, en donde se encontraba Sotelo Rodríguez, y cuando pistola en mano, apenas había entrado en el local, José Antonio González Novoa, que había cambiado de posición situándose agachado junto a la pared de uno de los lados de la puerta dicha, al quedar el Sr. Rodríguez prácticamente dándole la espalda», extendió el brazo y situando el revolver casi rozándole la cabeza, le disparó contra la misma, produciéndole la muerte instantánea. La sentencia recurrida niega la concurrencia de la circunstancia de alevosía. Entre acusado y víctima —cuál se razona— existió una situación continuada de enfrentamiento abierto y declarado, con recíprocos e iguales instrumentos lesivos de ataque-defensa y con una localización física tan similar que no otorgaba a ninguno de ellos ventaja sobre el otro, y fue en el curso de este enfrentamiento cuando se produjo la muerte del Sr. Rodríguez por una maniobra propia que lo dejó en situación de ser alcanzado y muerto por el procesado, pero en absoluto provocada y sin riesgo para éste, y, desde luego, sin que se hubiera producido en el enfrentamiento un cambio de la situación inicial que hubiese colocado al procesado en una posición consciente de que ya no podía ser herido o muerto por el otro, de que, en suma, ya no existía «riesgo» para él. La víctima no se hallaba desprevenida frente a González Novoa, ni existió ataque súbito o inopinado, pues precedió un enfrentamiento a tiros declarado y en igualdad de posiciones; no existiendo aprovechamiento de una situación de indefensión de la víctima, al estar ésta advertida, armada y con plenas posibilidades de defensa frente al acusado. Se posibilitó la muerte ante la maniobra de entrada al bar efectuada dentro de la situación de enfrentamiento agresivo latente.

CUARTO.— La Sala sentenciadora se pronuncia en la línea marcada por este Tribunal de un modo pacífico y reiterado. La jurisprudencia, acotando el campo de la agravante de alevosía, elimina de su ámbito los supuestos de previa agresión del ofendido, riña aceptada o enfrentamiento mutuo, exteriorización del agente de su decisión de atentar contra la víctima, inminencia de actos inequívocos de ataque o acometimiento o, incluso, cruce verbal de advertencias amenazantes, en definitiva, presencia de un peculiar clima de violencia en el que resulta advertible cualquier desencadenamiento de atentado a la vida o integridad física (Cfr. sentencias de 22 de junio y 21 de diciembre de 1987, 8 de julio de 1988, 9 de febrero de 1989 y 25 de junio de 1991). La plena sorpresa que caracteriza esta variedad de alevosía se compagina mal con la contienda física o incluso con enfrentamientos verbales fuertes (Cfr. sentencias de 3 de octubre de 1987, 3 de mayo de 1988, 9 de febrero de 1989 y 25 de junio de 1989). Si ambos contendientes han cruzado palabras retadoras y desafiantes, con simultáneos disparos de sus armas, no cabe hablar de indefensión de uno de los sujetos beligerantes respecto del otro. El adversario quiso acabar con la vida de Benito Rodríguez y por ello ha de responder del homicidio; pero no cabe imputarle una actuación alevosa. Siendo ello así, no procede entrar en el examen de la cuestión suscitada por el recurrente y a que se hizo alusión al principio. Procede la desestimación del motivo.

Artículo 14

Coautoría. Falsedad documental. Delito continuado

(S.T.S. de 29 de febrero de 1992. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado.)

Segundo. Y en cuanto al segundo motivo de igual recurso, que de la misma manera procede declarar no haber lugar a su acogimiento, pues patente el acuerdo o concierto previo de todos los participantes en servir en la estación en que trabajaban menor cantidad de gasolina que la que figuraba en los vales facilitados a cambio de ella por el infiel funcionario del Ayuntamiento de Tarragona que la retiraba o en aceptar de él vales apócrifos sin entregar el carburante que representaban los mismos, repartiéndose después entre todos los pingües beneficios obtenidos así que alcanzaron la cifra de más de tres millones de pesetas, es inconcuso que *todos cometieron el delito de falsedad en documento privado como medio para cometer la estafa calificada por tan sustanciosa cuantía del que la Audiencia sentenciadora les hace responsables y por el que los condena*, ya que en los hechos narrados constan los elementos integrantes de tales figuras jurídicas como son, la conceptualización para ellos de los vales como documentos privados, la mendacidad de los que se utilizaron apócrifamente, el uso de estos para aparentar la retirada de una gasolina que quedaba en poder de los expendedores para luego venderla y repartir su importe con los demás concertados y el empleo de otros vales poniendo en ellos mayor cantidad que la servida para los mismos destinos y fines, lo que, por haber sido hecho por todos de común acuerdo y en unidad de propósito, les hace partícipes de los ilícitos por los que se les sanciona aunque alguno o la mayor parte de ellos no hubiesen falseado de propia mano las menciones que los vales referidos deberían contener, puesto que sin esa *recíproca cooperación*, fruto del concierto y del designio perseguido, no hubiera sido posible que la empresa ideada hubiera llegado, como llegó, al feliz término conseguido, por lo que la sentencia recurrida debe confirmarse en todos los pronunciamientos entre ellos el relativo a la in-

demnización señalada en favor de los damnificados, cuya distribución, entre éstos, es cuestión o tema ajeno al interés de los recurrentes.

Artículo 16

Complicidad omisiva. Asesinato

(Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992. Ponente Sr. Barbero Santos.)

SEGUNDO.— Los restantes motivos, por infracción de Ley, se apoyan en el n.º 1.º del art. 849 de la LECriminal. El segundo reprocha la inaplicación del artículo 16 del Código Penal al procesado Carlos Garsia Rodríguez, por *complicidad omisiva* respecto del asesinato frustrado de Miguel Angel Mongil Redondo, del delito de asesinato de Ortiz Montero y del delito de atentado en concurso con asesinato de Daniel Prieto Díaz. En apoyo de su tesis, el recurrente cita Sentencias varias de esta Sala.

Al margen de la cuestión relativa a la legitimación del recurrente en lo que no afecta a los policías municipales D. Daniel Prieto y D. Miguel Angel Mongil, que son sus patrocinados, la mayoría de las escasas sentencias citadas se refieren a la complicidad activa, no a la por omisión. Respecto a la admisión de esta clase de complicidad ha sido renuente la doctrina de la Sala. Es cierto, empero, que esta ha apreciado la complicidad en conductas omisivas (Sents. de 18 de febrero de 1983 y 30 de octubre de 1984), pero ha sido rigurosa en la exigencia de concurrir unos requisitos muy precisos para hacerlo. En reciente Sentencia de 23 de octubre de 1991 ha requerido la presencia de los siguientes elementos: a) objetivo (omisión eficaz, patente y manifiesta, no necesaria, empero, para la comisión del delito); b) subjetivo (voluntad consciente de cooperar al resultado con esa inacción), y c) normativo (deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se está cometiendo; deber impuesto por la Ley o por una situación de peligro anterior creada por el omitente).

De conformidad con esta doctrina (la investigación científica española a pesar de algunas monografías recientes no ha efectuado contribuciones notables en el esclarecimiento de la materia) es evidente que no cabe apreciar en ninguno de los tres supuestos mencionados complicidad por omisión. Respecto del asesinato frustrado de Miguel Angel Mongil, tanto Carlos como Begoña dijeron a Juan José Garsia que «no se le ocurriría disparar contra el policía», «pese a lo cual» y sin mediar más palabras éste se dirigió hacia el vehículo policial y comenzó a disparar contra ellos. Está ausente, al menos, el elemento subjetivo: en ningún caso puede afirmarse que Carlos tuviese voluntad de cooperar en el resultado. Lo mismo puede asegurarse respecto del asesinato de Ortiz Montero, ya que, según el hecho probado, «Juan José Garsia, sin previo concierto con su hermano ni con la novia de éste, se dirigió hacia el Citroen y cuando salía del coche Jesús Ignacio Ortiz, encontrándose a un metro de distancia de Juan José, éste le disparó a quemarropa». En lo que afecta al asesinato de Daniel Prieto, en la descripción histórica no aparece mención alguna de Carlos Garsia. Mal puede imputársele complicidad omisiva, por tanto, en el resultado.

El motivo, y del mismo parece es el Ministerio Público, no puede prosperar.

Artículo 19*Responsabilidad civil. Delito contra la salud pública. Comiso. Causalidad*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

QUINTO.— El último motivo con idéntico cauce casacional denuncia la aplicación indebida del art. 19 del Código Penal, igualmente con carácter subsidiario.

Se sostiene en la defensa del motivo que la responsabilidad civil debiera deducirse del art. 22 y no del 19 del Código Penal. Cuestiona el motivo que no condenándose en la instancia, por un delito de daños, del que se absolvieron a los recurrentes, si por un delito contra la salud pública puede establecerse una responsabilidad civil por unos daños ocasionados.

Razonan además en el motivo:

- a) El delito contra la salud pública es un delito de peligro sobre la salud pública y no el patrimonio.
- b) En todo caso no es aceptable la extensión dada por la Audiencia Provincial extendiéndola a la indemnización de perjuicios sin prueba al respecto.

Entiende la Sala, que la responsabilidad civil que se cuestiona en los recurrentes es, en todo caso, directa y no subsidiaria, por lo que figura como correcta la mención del art. 19 del Código Penal.

En todo caso, si bien tal precepto se pronuncia con una amplitud inexacta al decir que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente», cuando la realidad desmiente tan tajante declaración, ya que sólo dan lugar a responsabilidad civil aquellos delitos que producen un daño reparable; por eso, con mejor fórmula el art. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa que «todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible», no cabe duda que el delito es también fuente de obligaciones civiles como acto ilícito, en cuanto del mismo se derivan o pueden derivarse daños y perjuicios producidos a través de la relación causal entre la acción delictiva y su efecto.

Para que la responsabilidad civil se aprecie, se requiere la causación de un daño que debe repararse o la derivación de unos perjuicios indemnizables en concordancia y con la determinación de los artículos 101 y siguientes del Código Penal. En este sentido, la doctrina de esta Sala ha declarado que el art. 19 del mismo texto legal establece un principio general —sentencia de 10 de febrero de 1955— que no puede interpretarse en sentido restrictivo para obligar a la indemnización a los que se han beneficiado del delito —sentencia de 27 de enero de 1969— pues la declaración de responsabilidad civil no es accesoria de la pena impuesta, sino responde a un interés privado, pero exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la conducta delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos, sin ruptura de ese nexo causal —sentencia de 5 de octubre de 1988— o lo que es lo mismo, que los daños y perjuicios sean consecuencia «directa y necesaria del hecho delictivo» —sentencias de 6 y 14 de diciembre de 1963 y 13 de febrero de 1991—.

No cabe duda de que los daños determinados por el decomiso por la Junta de Extremadura de los jamones al chacinero, cifrados en 3.304.800 pesetas, así el deterioro de su fama como industrial jamonero con motivo de la sanción tuvieron por causa suficiente la ilícita y punible conducta de los recurrentes y que se refleja en los hechos probados de la sentencia de la Audiencia. Tal doctrina aparece correctamente explicitada en el funda-

mento jurídico cuarto de la resolución impugnada y este Tribunal la hace suya. Allí también se recoge que, a más de la pérdida concreta (damnum) determinada en el decomiso administrativo, su fama se mermó por el razonable temor de los consumidores de adquirir piezas contaminadas y ello determinó grandes pérdidas económicas que si bien no le llevaron a la total ruina, si produjeron notable merma en sus expectativas económicas que la Sala de instancia razonablemente ha fijado en tres millones de pesetas, cuya cuantía es inatacable en casación.

El motivo y recurso deben ser desestimados.

Artículo 22

Responsabilidad civil subsidiaria. Doctrina general. Ambito. Concierto hospitalario

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Granados Pérez.)

UNICO.— En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 22 del Código Penal.

La entidad recurrente «ARESA, SEGUROS GENERALES, S.A.», que actúa en sustitución por absorción de la «UNION IGUALATORIA MEDICO VALENCIANA S.A.» argumenta, en apoyo del motivo, que carece de fundamento jurídico el haber sido declarada responsable civil subsidiaria por la existencia de un concierto con la Clínica «Virgen del Consuelo S.A.», en cuyo servicio de urgencia trabajaba el médico condenado por una falta de imprudencia, a consecuencia del tratamiento dispensado a un asegurado de la entidad recurrente, con la que no tenía relación alguna de dependencia el médico declarado penalmente responsable.

La cuestión objeto del único motivo del recurso se contrae, pues, a dilucidar si la responsabilidad civil subsidiaria, en caso de insolvencia del responsable criminal, debe alcanzar a la «UNION IGUALATORIA MEDICO VALENCIANA S.A.» que había establecido un concierto con la Clínica «VIRGEN DEL CONSUELO S.A.» en cuyo servicio de urgencia trabajaba el que ha sido declarado responsable penal.

La mayor o menor extensión de la responsabilidad civil subsidiaria estará en función del fundamento que se utilice para determinar los criterios en virtud de los cuales responden civilmente de un hecho delictivo personas o entidades extrañas a su realización, en caso de insolvencia del sujeto directamente responsable.

Doctrina y jurisprudencia, en una primera orientación, encontró dicho fundamento, afirmando que el maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento, deben conocer la capacidad de sus discípulos, dependientes o subordinados y no imponerles otra obligación, ni encargarles otro servicio de aquella o aquel que sepan y puedan desempeñar. Y que los deberes que nacen de la convivencia social exigen la vigilancia de las personas o cosas que les están subordinadas. A la culpa «in operando» del servidor o dependiente se sumaba la culpa «in eligiendo» o «in vigilando» del principal.

Sin embargo, en cuanto el artículo 22 descansa sobre supuestos marcadamente objetivos en los que la culpa se presume «iuris et de iure», la jurisprudencia de esta Sala se inclinó, desde hace años, por una configuración cada vez más objetiva, que encontró su fundamentación jurídica en el principio «cuius commoda eius incommoda»: si el servi-

ció se ejercita en beneficio de los amos, es lógico que también les afecten los perjuicios inherentes al mismo. Más moderna es la concepción de la creación del riesgo, que muy de acuerdo con los postulados sociales de nuestra época, impone a las empresas la asunción de los daños que para terceros supone su actividad.

Esta evolución, como se destaca en la sentencia de esta Sala 338/92, de 12 de marzo, ha sido realmente aperturista y progresiva en la interpretación del referido precepto con el ánimo loable de evitar a los perjudicados situaciones de desamparo producidas por la circunstancia, tantas veces observada en la práctica, de la insolvencia total o parcial de los directamente responsables.

Esta interpretación cada vez más abierta y flexible del artículo 22 del Código Penal, ha permitido ensanchar el ámbito de las personas que no siendo responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la acción punible, pudieran ser obligadas a los correspondientes pagos civiles en beneficio de los perjudicados.

Así, respecto al alcance de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del CP se han hecho, por esta Sala, las siguientes declaraciones: a) no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto; b) no es exigible que la actividad concreta del culpable penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario; c) basta con la existencia de una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una cierta intervención del segundo; d) comprende los casos en que el sujeto activo del delito actúa en servicio o beneficio de su principal, con inclusión de las extralimitaciones o ejercicio anormal de las tareas encomendadas; e) la relación de dependencia o servicio que vertebría la aplicación de la norma legal puede ser laboral o no, siendo indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria. (Cfr. sentencias de 25 de enero y 18 de septiembre de 1991 y 12 de mayo de 1992).

El artículo 22 del Código Penal exige que el responsable penal se encuentre en una situación de dependencia o servicio respecto del responsable civil subsidiario, con las matizaciones indicadas. Esta dependencia o servicio lo ha centrado esta Sala y la doctrina en términos tales que el agente «comisso delictae» se encuentre potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario como dueño de la situación, y de quien podrá recibir órdenes e instrucciones.

Si bien es cierto, como se ha dejado expresado, que esta Sala viene haciendo una interpretación «extensiva» del artículo 22 del Código Penal, ello es perfectamente permisible, para el logro de los fines antes apuntados, ya que su articulación dentro del Código Penal no le hace perder su carácter civil. Este criterio extensivo, social y progresivo, acorde con la prescripción del artículo 3.1. del Código Civil, en la aplicación del artículo 22 del Código Penal, no implica que se pueda prescindir de la literalidad del precepto, ni que pueda establecerse una responsabilidad civil subsidiaria sin base legal.

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto objeto de este recurso, surge la esencial cuestión de si puede predicarse esa nota de dependencia o servicio, en los términos antes señalados, en la persona del médico, cuya conducta imprudente ha sido objeto de condena, respecto a la entidad recurrente que estipuló un concurso con la Clínica en la que trabajaba el citado médico.

La respuesta ha de ser negativa. La relación contractual existente, según la escueta información que se infiere del relato fáctico, entre «LA UNION IGUALITARIA MEDICO VALENCIANA, S.A.» y la Clínica «VIRGEN DEL CONSUELO S.A.» en nada permite vislumbrar que aquélla pudiera dar órdenes, instrucciones o de cualquier forma

influir de manera eficiente en la actividad y desempeño de las funciones por parte del médico responsable penal directo de los hechos enjuiciados, cuyo nombramiento o selección le fue totalmente ajeno.

Nada se ha acreditado en ese sentido y es más, ni siquiera se ha incorporado a la causa, ni aportado en ningún momento de la instancia, la póliza suscrita por el perjudicado con «LA UNION IGUALITARIA MEDICO VALENCIANA S.A.»; ni el documento en que se hubiese recogido el concierto entre esta entidad y la Clínica «VIRGEN DEL CONSUELO, S.A.»; ni el contrato que amparase la relación entre el médico y la clínica citada en la que, según el relato fáctico, prestaba sus servicios.

Así las cosas, se ha hecho, por el Tribunal de instancia una interpretación excesiva y no extensiva, que desborda el ámbito legal del artículo 22 del Código Penal, por lo que este único motivo debe ser estimado.

Artículo 33

Abonos. Arresto del quebrado. Condena posterior por estafa

(Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

SEGUNDO.— El abono del tiempo pasado en prisión preventiva durante la tramitación de la causa, que se recoge actualmente en el art. 33 del Código Penal, de abolengo en nuestra codificación, puesto que se encuentra en el texto de 1822 en cuyo art. 98 se disponía que «el tiempo que hubiese estado preso le será contado como parte de la pena», y fue desconocido en los Códigos posteriores, con olvido de que constituye un principio de estricta justicia y ello determinó que se dictaran disposiciones especiales, como el Real Decreto de 9 de octubre de 1853 que otorgó un abono limitado al tiempo sufrido en prisión preventiva y en un sentido muy semejante el Real Decreto de 2 de noviembre de 1879. Más tarde, la Ley de 17 de enero de 1901 dio nueva regulación a la materia, distinguiendo diversos supuestos de aplicación absoluta, parcial y de exclusión, permitiendo tan sólo el abono total de la prisión preventiva a los condenados a penas correccionales y comportando tan sólo la mitad en las afflictivas, así como cualquier fracción de tiempo, operando sobre la división tripartita de las infracciones punibles recogida en el texto penal de 1870. Desde la entrada en vigor de dicha normativa la doctrina de esta Sala puso de relieve que el espíritu de la Ley era de amplitud y de generosidad, no debiendo excluirse de sus beneficios a los que cupieran en él, aunque no se hallaren incluidos en sus preceptos de modo concreto y determinado —sentencia de 2 de julio de 1912— y que precisamente para la aclaración en sentido favorable a los reos se publicó la Real Orden de 29 de enero de 1901 —sentencia de 3 de abril de 1912—.

El art. 33 del Código Penal de 1932 estableció que «la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de esta causa, se abonará en su totalidad, cualquiera que sea la índole de la pena a que fuera condenado», norma ésta que pasó al texto

de 1944 y se mantuvo en las reformas posteriores hasta la fecha, salvo la adición por la Ley de 24 de abril de 1958 de un segundo párrafo para su aplicación a la retención del permiso de conducir. La amplitud del precepto lo hace aplicable a los casos de arresto sustitutorio por impago de multa, habida cuenta lo señalado en el último inciso del párrafo primero del artículo: «*cualkiera que sea la clase de pena impuesta*». La jurisprudencia ha comprendido, dentro de éste espíritu de amplitud, no sólo la propia prisión preventiva, sino incluso la mera detención, cuando ésta haya sido motivada por el delito objeto del proceso —sentencia de 30 de enero de 1906— destacando la sentencia de 3 de noviembre de 1958 el «*espíritu de amplitud y generosidad a favor del reo que inspira la finalidad del precepto*».

TERCERO.— La figura anómala del arresto del quebrado, establecida por el art. 1.044 del Código de Comercio de 1829 y conservada en los artículos 1.335 y 1.336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como último vestigio de la prisión por deudas, que debe interpretarse inexcusablemente en la coordinación entre las vías civil y penal para la quiebra punible, debe interpretarse como una especial medida cautelar del proceso penal ulterior del que viene a constituir una anticipada prisión preventiva y ha sido calificada con acierto por un sector de la doctrina científica, como una vinculación jurisdiccional, pues no es suficiente sólo la declaración de quiebra para la incoación del procedimiento penal.

Cuestionada la constitucionalidad de tal medida limitadora de la libertad individual, la sentencia 178/1985, de 19 de diciembre, del principal intérprete de la Constitución, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 274/1983, si bien ha destacado que el artículo 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no vulnera la presunción de inocencia, si se le interpreta como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de la libertad para proteger los bienes que la justifiquen y la necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, es una causa legítima para limitar la libertad, añade que el arresto carcelario, como consecuencia de la falta de disponibilidad económica para prestar una fianza, excede manifiestamente la proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada, por lo que resulta incompatible con el art. 17.1 de la Constitución Española, pero, por el contrario, la restricción de la libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra y el art. 1.340 de la Ley procesal civil contiene una regla a cuyo tenor, acabada la ocupación de bienes del quebrado y el examen de sus libros, papeles y documentos concernientes al tráfico del quebrado, procede la soltura, alzamiento del arresto o concesión de salvoconducto, razón por la cual no podrá decidirse que la medida de privación de libertad es de duración indefinida.

Mantenida la constitucionalidad de la medida, aquí prolongada en exceso más allá de este período de ocupación de libros, papeles y documentos, aunque atenuada, en principio, por determinados salvoconductos o permisos, se plantea su aplicación como privación de libertad sufrida en la causa al posterior cumplimiento de la condena recaída en la causa de quiebra punible. Aquí la jurisprudencia ha sido unánime y constante. La sentencia de 26 de noviembre de 1946 declaró que la sentencia de instancia al negar a los encartados el abono del tiempo de privación de libertad como secuela de la declaración de quiebra, «*interpretando así de modo restrictivo y disconforme con la finalidad que notoriamente le inspira aquel precepto beneficioso para el reo sea cualquiera el delito castigado y de cualquier clase la prisión provisional por tal causa sufrida, ya que el*

arresto del quebrado constituye una medida judicial de carácter precautorio y procesalmente obligada en la declaración de quiebra, origen y raíz de las actuaciones criminales que han de seguirse sin solución de continuidad hasta la terminación del proceso», añadiéndose asimismo que «la anticipada privación (de libertad) ha de computársele, en justicia, para el cumplimiento de la pena que en definitiva le sea impuesta por la misma causa determinante del arresto».

La sentencia de 13 de noviembre de 1958 declara, que el arresto del quebrado «representa una verdadera prisión preventiva que, como anticipada privación de libertad, ha de computársele al quebrado para el cumplimiento de la pena que en definitiva le sea impuesta por la misma causa determinante del arresto acordado por la jurisdicción civil».

Finalmente, la sentencia de 24 de febrero de 1984, reitera, que ninguna cosa es más sensible y trascendente que la libertad de la persona y que por ello debe computársele en justicia la privación anticipada, para el cumplimiento de la pena que le sea impuesta.

CUARTO.— Entiende la Sala de instancia que el arresto domiciliario sufrido por el recurrente no constituye una genuina prisión preventiva, y más que una propia privación de libertad supuso una restricción de la misma. Trascendiendo de lo puramente terminológico, la prisión preventiva ni priva totalmente la libertad exterior, ni puede suprimir la libertad interna y por ello la doctrina italiana no designa, como entre nosotros, las penas como privativas de libertad o restrictivas, sino como restrictivas, dividiendo éstas en carcelarias o no carcelarias, dando al término cárcel el significado de establecimiento penitenciario. En todo caso, el arresto domiciliario, surgido como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración, tiene cabida en nuestro Derecho y así el art. 85 del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, establece que «el Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor» y aunque desplazado en muchos ordenamientos jurídicos por la aplicación de la condena condicional, no cabe duda que supone una pérdida de la libertad ambulatoria que está condicionada al propio domicilio. Puede suponer una prisión atenuada respecto al ingresado en un Centro penitenciario, pero siempre constituye prisión preventiva y pérdida de libertad, y que lo es así se demuestra con que su duración debe estar limitada a la ocupación de libros y papeles y en este caso fue levantada por el Juez de Primera Instancia al cumplirse prácticamente la mitad de la condena, en cumplimiento de lo señalado en el art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cosa distinta es que el recurrente usara y abusara de los salvoconductos, porque en los Centros penitenciarios también se conceden permisos de salida a los que se refiere el art. 47 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Las irregularidades producidas por los numerosos salvoconductos no deben ser motivo de inaplicación del art. 33 del Código Penal, no sólo porque, como con notorio acierto expresa el *auto de disentimiento*, el Juez civil pudo en caso de incumplimiento del arresto sustituirlo por la prisión, sino porque ello supondría una actividad calificadora de esta jurisdicción en materia ajena, como es la atribución de la jurisdicción civil.

El arresto domiciliario debe computarse como una prisión preventiva, por ser solución justa y no perjudicial para el reo.

QUINTO.— Resta dilucidar ahora, lo que constituye un problema de honda trascendencia, el de si es posible extender el beneficio del abono de la prisión preventiva sufrida a otras causas diferentes a las que determinaron la medida. El recurrente pretende

que se le aplique el tiempo sufrido como privación de libertad por el arresto del quebrado en una causa por estafa —en la de quiebra fraudulenta fue absuelto libremente—. No cabe duda que la redacción del precepto que hace referencia a «la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la *tramitación de la causa*» parece favorecer una interpretación meramente literalista, exigiendo la unidad de causa o procedimiento y así se ha recogido por antiguas sentencias de esta Sala —*ad exemplum* de 26 de febrero de 1943, 22 de diciembre de 1944, 26 de noviembre de 1946 y 13 de noviembre de 1958— pero, sin desconocer la importancia de la hermenéutica gramatical, no debe detenerse la búsqueda de la *mens legis* en el puro sentido de las palabras, sino que ha de atender a otros criterios lógicos, sistemáticos, históricos y de la realidad social del tiempo de aplicación, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma, como ordena el art. 3.1 del Código Civil. Desde este punto de vista, la prisión preventiva constituye un mal y una restricción de la libertad, que exige limitaciones de motivación, racionalidad y temporalidad, como se deduce del art. 17.2 de nuestro texto fundamental y del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como tal medida se adopta por simples sospechas delictuosas y con finalidad de proteger a la sociedad con el descubrimiento de los delitos y sus autores, constituye una exigencia de justicia reparar este sufrimiento que la pérdida de la libertad comporta y cuando, como en este supuesto, se absuelve libremente en la causa de quiebra en la que se acordó el arresto *civil*, lo justo y razonable es aplicársele a otra causa en la que resultó responsable. Ello constituye la mejor reparación y se mueve asímismo en la línea de amplitud y generosidad que inspiró la reforma del precepto. En esta misma línea se ha manifestado la sentencia de 1 de abril de 1916 cuando afirmó la posibilidad de justificación de «la ficción del Derecho de suponer la existencia y cumplimiento de la prisión provisional simultánea en dos causas, cuando en una de ellas no le fuese computable ni abonable, por cualquier motivo legal». Así también se ha mantenido recientemente por esta Sala en la sentencia de 15 de enero de 1991, que recogió la posibilidad de extender el beneficio de la prisión preventiva en causas distintas a las que motivaron la condena, como medio hábil para que la prisión preventiva sea abonada «en su totalidad» y realizar así el fin de justicia material a que el precepto tiende, siendo un argumento sistemático que apoye esta tesis el del párrafo segundo del art. 70 del Código Penal que permite la acumulación jurídica de la pena para determinados delitos aunque hayan sido impuestas en distintos procesos, pues al ser la liquidación de condena conjunta el tiempo de duración de las prisiones preventivas sufridas se abonarán en la suma total. Pero esta transmisión de la prisión preventiva de un procedimiento a otro sólo tiene el límite el que las causas hayan estado en coincidente tramitación. En el supuesto ahora contemplado, el sujeto estuvo en el arresto domiciliario desde el 30 de mayo de 1983 al 17 de diciembre de 1986, en el sumario por quiebra fraudulenta (41B/1986), continuación del procedimiento civil estuvo en libertad provisional y recayó sentencia absolutoria el 22 de febrero de 1990, y en la causa por la que ha sido condenado (74/1986), recayó sentencia el 5 de mayo de 1988, no habiéndose podido ejecutar por haberse interpuesto un recurso de casación que fue desestimado. Pero no sólo existe una coexistencia temporal, sino incluso más, existe una propia conexidad, ya que ambas causas penales se incoaron en las mismas fechas y presentan una profunda relación entre ellas, y basta leer el relato de hechos probados de la sentencia ejecutoria por estafa para percibirse de ello.

Por tales razones debe estimarse el motivo y el recurso.

Artículos 69 bis y 504

Delito continuado. Robo con fuerza en las cosas. Acuerdo previo. Reparto de tareas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1992. Ponente Sr. Soto Nieto.)

PRIMERO.— Se funda el único motivo del recurso interpuesto por los procesados, al amparo del artículo 849.1.^º de la L.E.Cr., en que, dados los hechos probados, se lleva a efecto una incorrecta aplicación del artículo 69 bis del C.P. Según el tenor del relato fáctico de la sentencia, los acusados, puestos de acuerdo y para obtener un beneficio económico común, decidieron cometer sustracciones en los establecimientos de Soria, denominados «Caballo Blanco», dedicado a Bar Restaurante, y en el también Restaurante «Cadosa», situados en lugares diametralmente opuestos de la ciudad. A tal fin se dividieron en dos bandos. Uno de los grupos, formado por los hermanos Heliodoro, Eloy y Javier Cava Martínez penetraron en el «Caballo Blanco» por una de las ventanas, rompiendo sus cristales. El otro grupo, integrado por Julio Jiménez Andrés y Sotero Andrés Manzanero accedió al local «Cadosa» por medios similares. En sendos establecimientos, y en la forma descrita en el *factum*, se apropiaron los sujetos intervenientes, en el primero, de un total de 80.000 pesetas, y en el segundo, de 50.000 pesetas. Con posterioridad se reúnen todos en casa de Heliodoro, y animados por otro inculpado rebelde, que llegó en aquellos momentos, deciden desplazarse a Logroño para canjear y cambiar en los Bancos de aquella ciudad las monedas y billetes que habían conseguido, siendo allí destinados.

La sentencia conceptúa los hechos como constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, de los artículos 500, 504-1.^º y 2.^º, 505, en relación con el artículo 69 bis, todos ellos del C. Penal. Estima que las dos infracciones, la cometida en el Restaurante «Caballo Blanco» y la de «Cadosa», se conjuntan en una sola por la abrazadera de la continuidad a que alude el artículo 69 bis del citado cuerpo legal.

SEGUNDO.— Aunque los ejecutores directos de ambas infracciones se hallan perfectamente identificados y vienen agrupados separadamente, es lo cierto que ninguno de ellos es ajeno al atentado a la propiedad en el que no presta su colaboración material. Todo se realiza tras un cambio de impresiones, «puestos de acuerdo y para obtener beneficio económico común». Unos y otros, completando los bandos personales en que se integran, se dirigen a sus respectivos lugares de actuación, llevando a término sus propuestos fines de apoderamiento de dinero, tras violentar físicamente los locales y muebles o máquinas donde se hallaba depositado. Después se reúnen con ánimo noticioso y participativo. No nos hallamos ante actos desconectados, aislados en su generación y en sus efectos, sino perfectamente coordinados, en inteligente ensambladura, en el que cada partícipe se consideraba beneficiario de las ganancias obtenidas por el otro grupo actuante y, en cierto modo, impulsor de su dinámica delictiva. Ello lleva a reconducir el cuadro personal descrito como integrado por una serie de individuos implicados en sendas infracciones criminales, en una, en concepto de autores materiales y directos, y en la otra, bien también como autores del número 1.^º del artículo 14 en méritos del acuerdo previo —postura de un sector de sentencias del T.S.—, o, más fundadamente, en calidad de inductores, al poder revestir la inducción la forma de un «pacto» entre investigador y ejecutor material (Cfr. sentencia de 25 de enero de 1988). El acuerdo logrado se tradujo en un mutuo influjo psíquico alentador del proceder antijurídico de los protagonistas.

gonistas. No sin razón se ha destacado que la inducción viene a ser participación y, a la vez, autoría intelectual en el hecho ajeno. La sentencia de 25 de junio de 1985 admitía la sociedad como una de las modalidades clásicas en las que plasma la figura de la inducción; y, en general, cualquier actividad apropiada en el orden de las relaciones humanas.

TERCERO.— Si ello es así, la calificación de los hechos como constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, cual ha verificado la sentencia impugnada, ha de aceptarse como correcta y fundada. Aunque cada una de las acciones, separadamente, integra un supuesto delictual, la valoración global como única infracción viene determinada en razón a la homogeneidad de sus elementos y a la unidad genérica de resolución o designio, existiendo una identidad en los sujetos activos. Cual informa el Ministerio Fiscal, impugnando la alegación del recurrente de inexistencia del delito continuado, en la narración fáctica se afirma que todos los procesados se pusieron de acuerdo para cometer las dos sustracciones, aunque, para su ejecución, se dividieran en dos bandos. Y que, culminando su propósito, poco más tarde, se reunieron de nuevo para juntar el botín. Lo que demuestra la intervención de todos los acusados en los hechos de autos. El motivo ha de claudicar y ser desestimado.

Artículos 76 y 344 bis a) 3.^º

Penas superiores. Determinación de la multa

(Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

PRIMERO.— El primer motivo de impugnación del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se denuncia inaplicación de lo dispuesto en los artículos 344 bis a) n.^º 3 y 76, todos del Código Penal, que obligan a imponer la pena superior en grado a la pena conjunta de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio, y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas. El motivo se refiere exclusivamente al acusado José Ramón Goicoechea, al que la Sentencia de instancia aplicando los artículos 344 y el subtipo agravatorio de notoria importancia de la droga impuso la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor y multa de 700.000 pesetas.

Aún cuando ésa fue la pena pedida por el Ministerio Fiscal en la instancia, por aplicación del principio de legalidad, la pena de multa conjunta con la de privación de libertad impuesta debió formarse de acuerdo con el artículo 76 del Código Penal, en su grado superior, aumentando la mitad de su cifra máxima a la cantidad total señalada por la ley, ya que como reiteradamente ha declarado esta Sala —cfr. entre otras la Sentencia de 18 noviembre 1987— *en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de ella*, privación de libertad y multa, y ello no afecta al principio acusatorio por cuanto que no se pena un delito más grave, sino que se aplica estrictamente la pena señalada al delito, lo que no vulnera aquél —cfr. Tribunal Supremo Sentencia 22 enero 1992—.

El motivo, pues, debe estimarse, casando y anulando la Sentencia de instancia en tal particular dictándose a continuación la procedente.

Artículos 231.2.^º y 236

Atentado a agente de la Autoridad. Voluntad de acometimiento

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992. Ponente Sr. Barbero Santos.)

UNICO.— El recurso se interpone por el Ministerio Fiscal, por infracción de Ley, y por un solo motivo, por inaplicación del art. 236, en relación con el 231.2.^º del Código Penal.

De acuerdo con el recurrente, en el *factum* se destaca el elemento objetivo: acometimiento intimidativo a agente de la Autoridad que se encontraba en el ejercicio de sus funciones y, también, el subjetivo: conocimiento del carácter de guardias civiles de tales agentes, reglamentariamente uniformados y con los distintivos del cuerpo, y el ánimo de despreciar el principio de autoridad de los mismos desobedeciendo la orden de alto, hasta el punto de saltarse el control establecido en la carretera, dañando a otro coche y obligando a uno de los agentes a saltar fuera de la carretera para no ser alcanzado.

Carece de interés exponer cuales son los elementos que integran el delito de atentado de conformidad con la doctrina de esta Sala, puesto que no es esa la cuestión que el motivo plantea. El punto a resolver es si dado el *factum*, que es obligado respetar por la vía casacional elegida, concurre o no el elemento subjetivo consistente en el ánimo de despreciar el principio de autoridad.

La exigencia de tal ánimo específico, tendencial, de menospreciar, menoscabar, vilipendiar o faltar el respeto debido al principio de autoridad, es una constante en la jurisprudencia de esta Sala.

En contradicción, sin embargo con esta exigencia suele estimarse que tal ánimo existe cuando se conoce el carácter público del sujeto pasivo y la autoridad que como tal encarna al llevar no obstante adelante el acto de acometimiento, afirmándose, incluso, en alguna Sentencia (v.gr., de 16 de junio de 1989, de 4 de julio de 1991) que el *animus* se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima. Mientras en otras (Sent. de 28 de noviembre de 1988) más matizadamente se sostiene que «conociendo la cualidad personal de la autoridad o sus agentes, forzosamente se ha de representar el menosprecio que de ello resulta para el principio de autoridad, a no ser que se pruebe la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito.

Las presunciones respecto de la existencia de elementos integrantes de la figura de delito son, evidentemente, de repudiar. Cosa distinta es que de la constatación de los componentes objetivos del tipo se infiera lógicamente, de acuerdo con las reglas de la experiencia, la presencia del componente subjetivo. En todo caso el conocimiento del carácter público del sujeto pasivo e, incluso, de su eventual agresión, no puede llevar a afirmar que la pretensión del autor era la de menospreciar el principio de autoridad y que, por tanto, se cometió atentado. Si así fuere habría que considerar parricidio doloso toda muerte de una persona vinculada por lazos paterno-filiales, por el simple hecho de conocer el autor tal parentesco cuando cometió la acción. El respeto al principio de legalidad impide llegar a tales extremos. La constancia del elemento congnoscitivo es independiente de la del elemento volitivo. La distinción secular entre culpa con previsión y dolo eventual se apoya en tal distinción.

En el caso a enjuiciar es evidente que el procesado conocía que le fue dado el alto por la Guardia Civil. Pero el verbo que determina el comportamiento activo es, precisamente, el de desobedecer, no el de acometer. No se dice, en absoluto, que el recurrente «pretendiera» atropellar al Guardia Civil, ni siquiera que se representara posibilidad de tal «atropello». Se dice únicamente que habiéndole dado el alto los agentes de la autoridad «lejos de obedecer, aceleró la marcha, lo que obligó a un Guardia Civil a saltar fuera de la calzada para evitar ser atropellado». Clara la desobediencia, en absoluto lo es —dada la descripción histórica— el acometimiento. El que por encontrarse el Guardia en la calzada pudiera ser atropellado por la aceleración de la marcha del vehículo, no quiere decir que pretendiera atropellarle. Y sin tal pretensión o al menos sin la voluntad de atropellar al Guardia Civil, no cabe delito de atentado.

El motivo y con él el recurso, no puede prosperar.

Artículo 236

Atentado a agente de la Autoridad. Vigilantes jurados

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

PRIMERO.— El primer motivo de impugnación, se formula por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1.^º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse denegado por el Tribunal de instancia, la diligencia de prueba solicitada consistente en que se librara oficio a la Comisaría de Policía de Córdoba, al objeto de que se acreditara el carácter de vigilante jurado de los «presuntamente» agredidos, así como otras Circunstancias referente a los mismos. Aún cuando tal motivo fue apoyado por el Ministerio Fiscal, sin embargo los propios recurrentes en el acto de la vista, pusieron mayor énfasis, en la defensa del segundo motivo, de fondo, articulado al amparo del número 1.^º del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, en el que se denuncia la infracción del artículo 236, en relación con el número 2.^º del artículo 231 ambos del Código Penal, por entender que si se estimara, podría definitivamente ser más favorable a sus pretensiones.

Es evidente que la prueba propuesta por los inculpados, debió ser admitida por la Audiencia Provincial, en cuanto pudiera haber aportado ciertos datos que hubieran podido delimitar mejor el relato fáctico, sobre la condición de vigilantes jurados de los lesionados, así como los servicios que estaban prestando. Sin embargo, aún admitiendo la realidad de aquéllos, mayor trascendencia tiene la consideración o no de Agentes de la Autoridad que puedan tener las personas que ostentan el cargo de vigilantes jurados a efectos de tipificar las agresiones contra ellos cometidas como constitutivas de un delito de atentado. Procede, pues, desestimar el primer motivo, y examinar el segundo de los articulados.

SEGUNDO.— Inicialmente en el correlativo motivo, se cuestiona la atribución que a los vigilantes jurados confiere el artículo 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978 otorgándoles el carácter de Agentes de la Autoridad, pues es de dudosa jerarquía normativa requerida para el complemento de una Ley penal en blanco.

Tal cuestión fue ya resuelta en la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1979, sosteniendo que sujeto pasivo de la infracción del artículo 231 del Código Penal, lo pue-

de ser la Autoridad, entendiendo por tal las personas a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo 119 del Código Penal, —los funcionarios públicos— cuyo concepto se encuentra en el párrafo 3.^º de aquel precepto, o los agentes de la Autoridad, deduciéndo de ello que «si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada, no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de Agentes de la Autoridad».

En el mismo sentido, la muy reciente Sentencia de 25 de octubre de 1991, declara que el artículo 18 del Decreto de 18 de marzo de 1978, supone una extensión del concepto de Autoridad pública establecido en el artículo 119 del Código Penal, y una ampliación de punibilidad de los delitos previstos en el Código Penal para la protección de los Agentes de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Tal doctrina es asumida en la presente resolución, haciendo suyos los argumentos expuesto en las Sentencias mencionadas.

Aún cuando el Decreto de 10 de marzo de 1978 es anterior a la Constitución Española, y por tanto, a los artículos 25.1 y 81.1 de la misma, la existencia de la Ley penal previa estaba ya establecida en el artículo 1 del Código Penal en la época de la sanción de aquel Decreto. Y por ello, la extensión de la punibilidad establecida en la Ley Penal, mediante un Decreto tampoco se ajusta a las exigencias del sistema institucional de la época en que fue dictado.

Como afirma la Sentencia aludida de 25 de octubre de 1991, aún cuando no puede significar que el artículo 18 cuestionado sea en sí mismo inconstitucional, pero su validez en el marco del Derecho Administrativo, no puede ser materia de pronunciamiento en esta Jurisdicción.

Procede, pues, la estimación del motivo, sin necesidad de examinar el tercero referido sólo al recurrente José Solano Castillejo, casando y anulando la Sentencia de instancia, dictando a continuación la procedente.

Artículos 240 y 8.11.^a

Desacato a la Autoridad. Escrito de Abogado a Juez. Ejercicio de un derecho

(Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

CUARTO.— El primer motivo, al amparo del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley, por indebida aplicación del artículo 240 del Código Penal, en relación con el artículo 356 del mismo cuerpo legal, «por entender que no concurren los requisitos objetivos y subjetivos que conforman la entidad delictiva de desacato a la autoridad».

Dice el artículo 240 Código Penal que «cometen desacato los que, hallándose ... una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, los calumnieren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan». Y el artículo 356 del Código Penal castiga como autor de un delito de «prevaricación» al «Juez que, a sabiendas, dictare auto injusto».

En el presente caso, el hoy recurrente resultó adjudicatario de un lote de bienes subastado en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Huelva, cuyo titular dictó «auto, de fecha siete de febrero de mil novecientos ochenta y siete, concediendo a los

titulares registrales del bien adjudicado la posibilidad de liberar la finca mediante el pago de principal, intereses y costas garantizadas por la hipoteca o solicitar nueva subasta, por haberse omitido con anterioridad la notificación establecida en el artículo 131, regla 5.^a de la Ley Hipotecaria».

Los escritos dirigidos por el hoy recurrente al Juzgado de Primera Instancia, a que se refiere el «factum» de la sentencia recurrida, guardan directa relación con la anterior resolución judicial. Así las cosas, importa destacar: a) que dictar un Juez una resolución injusta a sabiendas constituye una conducta tipificada en el Código penal como constitutiva de «prevaricación»; b) que los escritos dirigidos por el hoy recurrente al Juzgado recogen literalmente la anterior expresión típica; c) que los escritos proceden de un jurista; d) que las referidas frases han sido vertidas precisamente por escrito, no en un momento de defensa acalorada; y e) que tales expresiones han sido reiteradas; no parecen, pues, fruto de un descuido o de un error.

El delito de «prevaricación», atendidas las penas con que es sancionado en el Código Penal, no es —obviamente— el más grave de los recogidos en el Código Penal; pero difícilmente puede imputarse a un Juez o a los Magistrados que componen un Tribunal Penitenciario en su estricta función jurisdiccional, un delito más grave que a dictar, «a sabiendas», resoluciones injustas.

Atendidas todas las circunstancias, no puede afirmarse fundadamente que, en el presente caso, no concurren los requisitos objetivos ni los subjetivos del desacato.

Desde el punto de vista objetivo, estamos en presencia de unos escritos dirigidos a un Juzgado, directamente relacionados con una resolución jurisdiccional de su titular, respecto del cual se opina que la ha dictado «a sabiendas» de su injusticia.

Desde el punto de vista subjetivo, el contenido penalmente típico de las expresiones, la condición de jurista de su autor, el hecho de vertirlas por escrito y con reiteración, no pueden menos de suponer en su autor, al menos, una previsión y una aceptación del menoscabo que tal conducta implicaba, de modo evidente, para el destinatario de sus escritos, y particularmente para la función pública desempeñada por el mismo.

Concurren, por tanto, todos los requisitos precisos para la existencia del delito de desacato. Procede, en consecuencia, la desestimación de este motivo.

QUINTO.— El motivo segundo, al amparo del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley al entender «que no se ha tomado en consideración el artículo 8.11 del Código Penal, puesto que no se ha apreciado la concurrencia de la eximente de responsabilidad criminal de obrar en el ejercicio legítimo de un oficio (profesión)».

En definitiva, estima la parte recurrente que impugnar por vía de recurso una resolución judicial, sosteniendo que no se ajusta a derecho, que es injusta material o formalmente, no constituye ningún atentado contra el respeto debido a la autoridad que la haya dictado. Y, finalmente, cita en apoyo de su tesis los artículos 537.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («en su actuación ante los Juzgados y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa»), y al artículo 42 del Estatuto General de la Abogacía («el Abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con toda libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas de la moral y deontológicas»).

Según establece el artículo 8.11.^º del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un de-

recho, oficio o cargo». El obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, constituye —como es bien sabido— una causa de justificación. Mas no toda forma de ejercitarse un derecho puede encontrar el amparo de esta eximente. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, con carácter general, que tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que es preciso que los mismos estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad (v. s.^a de 14 de junio de 1956). Y, en referencia concreta al ejercicio de la Abogacía, ha declarado que si a fines de acusación o defensa se permiten expresiones que en otro caso serían injuriosas, esta facultad no implica carta blanca para atacar el honor de los encartados o litigantes o para faltar al respeto debido al Tribunal (v. s.^a de 29 de octubre de 1934); e incluso que los deberes del Letrado exigen el mayor comedimiento y mesura en el lenguaje (v. s.^a 16 de junio de 1890 y de 25 de octubre de 1974).

Es patente que, en el presente caso, no cabe afirmar que el hoy recurrente actuase en el ejercicio legítimo de su oficio al expresar a un Juez su opinión de que había dictado una resolución injusta «a sabiendas», es decir que había prevaricado dolosamente. La libertad de expresión, sin duda, no puede llegar a justificar este tipo de manifestaciones, especialmente cuando se vierten por escrito y reiteradamente.

Por todo lo dicho, procede la desestimación de este motivo.

Artículo 254

Tenencia ilícita de armas. Estado de funcionamiento

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

PRIMERO.— El único motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, al amparo del n.^º 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley «por inaplicación, indebida, del art. 254 del Código Penal».

Estima el Ministerio Fiscal que la solución decretada por el Tribunal de instancia no está fundada, por cuanto carece de entidad suficiente para ello la circunstancia, especialmente consignada en el «factum» de la sentencia recurrida, de que «la biela (de la pistola de autos) estaba muy desgastada, no empujando el fijador suficientemente, de modo que para efectuar un disparo era necesario empujar manualmente el cartucho».

El Tribunal de instancia absolió al acusado por entender que el tipo delictivo recogido en el art. 254 del Código Penal, cuya inaplicación aquí se denuncia, requiere necesariamente un arma «en estado de normal funcionamiento» lo cual no sucede en el caso de autos «ya que para lograr la percusión sobre el cartucho era necesaria una operación manual, probablemente sencilla para el experto, pero no necesariamente para todo detentador»; estimando irrelevante también «que el arma pudiera ser fácilmente reparada por persona entendida en su manejo» (vid. Fj 1.^º de la s.^a recurrida).

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado, en relación con la cuestión aquí planteada, que el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento pero precisando que «para estimar inutil un arma, lo ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser

puesta en condiciones de efectuarlo» (vid, sentencia de 10 de abril de 1986 y las especialmente citadas en ellas: sentencias de 20 de febrero de 1936, 31 de mayo de 1950, 5 de febrero de 1966, y más recientemente las de 17 de enero y 24 de septiembre de 1985). La sentencia de 10 de junio de 1988 (en un caso de una pistola que tenía «un defecto de la aguja percutora por lo que sólo ocasionalmente se efectúa el disparo del proyectil»), declaró que «el simple hecho de que ocasionalmente pueda efectuar disparos es suficiente para conceptuar a la pistola arma de fuego, y para apreciar el abstracto peligro para la incolumidad pública que supone su tenencia sin los controles administrativos»; recordando, además, que, como dijo la sentencia de 5 de noviembre de 1986, el peligro existe cuando la inadaptación al uso es sólo momentánea, parcial o de simple corrección; y que, de acuerdo con una inconclusa doctrina legal «para estimar inútil un arma lo ha de ser en forma de no hacer fuego, ni de tener la posibilidad de ser puesta en condiciones de efectuarlo» (vid. sentencias de 10 de diciembre de 1986 y 10 de noviembre de 1987). En análogo sentido se pronunció la sentencia de 4 de febrero de 1991 («en la medida en que la dificultad del disparo es reparable..., y que no implica una inutilización definitiva de la misma como tal, su tenencia se subsume bajo el tipo penal contenido en el art. 254 C.P.»). Igualmente la sentencia de 15 de febrero de 1991, al afirmar que «una cosa es la dificultad de uso, y otra, muy distinta, la imposibilidad de verificarlo».

SEGUNDO.— Este Tribunal, haciendo uso de la facultad reconocida en el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la mejor comprensión de los hechos relatados en la sentencia, ha procedido a examinar los autos, pudiendo así comprobar que en el informe sobre el funcionamiento de la pistola ocupada al hoy recurrente, tras describir los defectos que la misma presenta, se afirma que «la reparación es muy sencilla», lo cual, unido también a que —según se dice en el «factum»— el acusado es «aficionado a las armas», constituyen un conjunto de circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, justifican sobradamente la estimación de este motivo.

Artículo 303

Falsedad documental. Documento oficial. Fotocopias

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El motivo *primero* del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la infracción, por aplicación indebida, del artículo 303 del Código Penal con un dúplice argumento: En primer lugar se afirma que no hay falsificación de un documento oficial, sino *fotocopia* de un impreso del INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM), con membrete del mismo, en el que se había hecho constar mecanográficamente los datos de identidad del procesado y de su afiliación a la Seguridad Social como productor de la empresa «SUDENTA, S.A.», de Oviedo, con fecha de ingreso en la misma el 18 de febrero de 1980 y fecha de cese el 18 de febrero de 1981 por cumplimiento de contrato y al que se había añadido en su tercio inferior un «Recibí por importe de 78.575 pesetas» correspondiente a prestaciones por desempleo devengadas en dicho Instituto por el procesado con fecha 17 de octubre de 1983 y firma de la esposa de éste, con cuyos añadidos puestos por el proce-

sado o por otra persona desconocida, por indicación de aquél, se trataba de justificar que había abonado el procesado a su cónyuge, después de tramitada la separación y divorcio de ambos, los atrasos que debía a la misma por impago de pensiones alimenticias decretadas a favor de ella y de un hijo menor de edad, documento así alterado que presentó el 30 de junio de 1986 al Juzgado número 5 de los de Oviedo en el que se habían seguido los autos de divorcio en los que se había decretado el pago de dichas pensiones a cargo del procesado. Y el segundo argumento empleado alega que la propia sentencia recurrida, en su primer fundamento jurídico, califica de burda alteración la realizada en tal documento, tanto por haberse empleado máquinas de escribir distintas —a la vista de los tipos de las mismas— para llenar el impreso con todos los datos relativos a la situación laboral del procesado y los relativos a la cantidad que se dice recibida con firma de la ex-esposa, como por estar datado el documento con una fecha en la que no podía ser posible el recibo de cantidad, puesto que las prestaciones por desempleo del procesado se habían extinguido en agosto anterior, amén de estar prohibida la percepción de la cantidad expresada por persona distinta del trabajador que la había devengado.

SEGUNDO.— En cuanto al primer argumento, es doctrina de esta Sala que la fotocopia de documentos, como dice la sentencia de 18 de julio de 1987, con cita de otras precedentes, es medio de reprografía hoy admitido en el tráfico jurídico, que puede alcanzar autenticidad una vez cotejada con el original por fedatario público, virtualidad en mayor o menor grado, que la hace apta para inducir a error, reunándose así las dos notas de toda falsedad, el mudamiento de la verdad y el remedio de la verdad.

Esta doctrina se ha mantenido en posteriores sentencias (sentencias 1 febrero 1989 y 1 abril 1991 entre las recientes), pero la sentencia de 7 octubre 1991 introduce importantes matizaciones en el anterior de pronto, parte del principio de que la fotocopia sólo tiene carácter de documento cuando esté certificada, puesto que el documento para ser tal ha de *perpetuar y probar* su contenido y *garantizar* la identidad de quien ha emitido la declaración de voluntad y ninguna de tales funciones se cumplían en el caso examinado por dicha sentencia en el que se aplicó el artículo 306.6.^º del Código Penal (alteración o intercalación en documento verdadero que varie su sentido).

Conformes con esta exigencia que confronta la fotocopia con el artículo 306.6.^º del Código Penal para excluir la aplicación de este preepto en el caso entonces enjuiciado (la fotocopia unía dos documentos auténticos como si fuera un único documento) puesto que no se alteraba ni la perpetuidad del contenido, ni la capacidad de probar del mismo, ni la garantía de quien lo suscribió. En el caso que ahora se examina no ocurre tal cosa, puesto que el *modus operandi* de la falsedad consistió en unir dos fragmentos de dos documentos inicialmente veraces: Uno el fragmento mecanografiado de un impreso del INEM con su membrete oficial en el que figura la identidad personal y laboral del procesado, así como su afiliación a la Seguridad Social durante el período de un año (duración temporal del contrato con la empresa) y otro fragmento correspondiente al recibí de una cantidad por la cónyuge del procesado en fecha determinada con firma auténtica de la misma, pero figurando, además, con mecanografía distinta intercalada, la supuesta cantidad recibida por la esposa queriendo indicar así que se trataba de cantidad devengada por el procesado como prestación del INEM. Vemos, pues, que la unión de dos fragmentos correspondientes a documentos distintos, unidos no sólo materialmente, sino intercalando una cantidad (cuál si fuera devengada por el procesado en período de desempleo) y recibida por su esposa de la que se encontraba separado y divorciado, no solo atenta al contenido del documento unido y así fotocopiado y a la prueba del mismo, puesto que se evidenció procesalmente su falsedad, sino a la garantía del que lo suscribe

(la esposa perjudicada) en tanto que si bien la firma es legítima no se corresponde con el hecho suscrito.

Entonces, tal modo falso no sólo cabe encuadrarlo en el artículo 302.6.^º del Código Penal, sino mejor aún en el número 9 del propio artículo puesto que se ha confeccionado con fragmentos de dos documentos uno nuevo y distinto, en definitiva se ha simulado con tal creación *ex novo*, un documento que induce a error sobre su autenticidad, exigencia esta última que según la mejor doctrina se satisface, si el documento así creado tiene *idoneidad* para engañar a un sujeto de características medias desde el punto de vista social, es decir, que la alteración de la verdad (*inmutatio veri*) y el remedio de la misma (*imitatio veri*) es bastante para llevar a error al común de las gentes. Esto nos lleva a tratar del segundo argumento del motivo.

TERCERO.— En cuanto a este segundo argumento, si bien es cierto que la jurisprudencia viene rechazando la falsedad penal del documento si éste no reune una mínima apariencia de autenticidad, en el caso de autos no aparece tan manifiesta la falsa apariencia del documento confeccionado por el procesado o por otra persona a su instancia, con propósito de perjudicar a su cónyuge, pues si bien hay que aceptar que la doble mecanografía ya es indicio de la manipulación, también hay que recordar que la firma de la mujer era auténtica, traida de otro documento añadido al original, de cuyo conjunto se sacó la fotocopia, lo que exigió el correspondiente informe pericial caligráfico, como así mismo hubieron de solicitarse del INEM los datos necesarios para comprobar que no obraba en su archivo antecedente alguno del documento tal como fue alterado, como también se demostró la prohibición de que pudiera cobrar la prestación figurada persona distinta del favorecimiento de la misma. Es decir, que no bastó para la condena penal del recurrente, que impugnase la ex-esposa del mismo la realidad del cobro por ella de la cantidad que aseguraba el procesado haberle sido pagada, sino que fue necesaria toda la investigación procesal referida para llegar a afirmar el engaño perpetrado por el recurrente a través de un supuesto documento oficial.

El motivo, pues, debe ser desestimado.

Artículo 303

Documento mercantil. Concepto. Impreso de solicitud de talonario

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

PRIMERO.— El único motivo de casación del Ministerio Fiscal ha sido formulado por el cauce del número 1.^º del artículo 849 de 18 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia infracción de ley «por inaplicación del artículo 303, en relación con el núm. 1.^º del art. 302 del Código Penal».

Entiende el Ministerio Fiscal que el Tribunal de instancia ha incurrido en error de derecho «al estimar los hechos como delito de falsedad en documento privado del artículo 306 del Código Penal...., al considerar de tal carácter el impreso bancario de solicitud de talonario de cheques, en el que se imitió la firma, autorizada para ello, de la Empresa Fimetal, S.A., de su administrador único».

La cuestión plantada en este motivo se reduce a la delimitación de la naturaleza «privada» (como ha entendido la sala de instancia), o «mercantil» (como sostiene el Mi-

nisterio Fiscal), de la solicitud de un talonario de cheques por parte del titular de una cuenta corriente bancaria, efectua en el impreso correspondiente.

Según dice el *Tribunal de instancia* (FJ 1.^º c), «hemos de entender que el escrito solicitando la entrega de talonario no es sino, precisamente, un acto propio de la correspondencia entre el Banco y su clientela, de modo que no puede considerarse, a los efectos que aquí interesan, como documento mercantil».

Sobre el particular, *tiene declarado esta Sala*, desde la antigua sentencia de 9 de abril de 1984, seguida por otras muchas (v. ss. de 8 de abril y 20 de diciembre de 1960, 10 de diciembre de 1964, 18 de octubre de 1968, etc.), que deben estimarse documentos mercantiles no sólo los expresamente regulados como tales en el Código de Comercio y en las Leyes Mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para constatar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlos. En el mismo sentido, se dice en la sentencia de 27 de marzo de 1990 que son mercantiles a efectos penales los documentos que acreditan las operaciones que contraen en el ámbito o movimiento propio de una empresa o alguno de los elementos o incidencias relativos a tales operaciones, bien se trate de documentos recogidos en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, bien sean de los adoptados por el uso comercial sin que exista una tipificación legal determinada; de modo que cualquier falsedad material o ideológica de las comprendidas en el art. 302 del Código Penal, realizada en alguno de tales documentos por un particular, comerciante o no, debe ser sancionada conforme al art. 303. Más recientemente, la sentencia de 13 de marzo de 1991 dice que el documento mercantil existirá siempre que el mismo sea expresión de una operación mercantil o de comercio, en el sentido en que ésta se admite por la ley o por los usos mercantiles, en la línea, pues, del propio Código de Comercio, cuando de manera amplia define los actos de comercio (art. 2.^º C. de Comercio); precisando que, en la órbita del tráfico bancario, todo lo que afecta a las operaciones de tales entidades, activas y pasivas, son eminentemente mercantiles, y no sólo la contabilidad, sino también cuantos documentos sean necesarios para constatar y acreditar las respectivas operaciones. En tal sentido, se cita la sentencia de 17 de marzo de 1987, que, de manera concreta, atribuye carácter mercantil a los documentos en virtud de los cuáles se procede a extraer cantidades de cuentas bancarias, depósitos o cartillas de ahorro.

SEGUNDO.— En relación ya con el presente caso, importa recordar que los bancos son empresas cuya actividad primordial es la de ser intermediarios en el crédito y que los contratos en que se plasma tal actividad se denominan bancarios, siendo ejemplo típico de los mismos la denominada «cuenta corriente bancaria», que, según la doctrina, constituye una subespecie del contrato de comisión mercantil.

En virtud de la relación jurídica creída por este tipo de contratos, el banco viene obligado a atender las órdenes que reciba del cliente (de reintegros de dinero, de pagos, de transferencias, etc.). Tales órdenes habrán de efectuarse en la forma prevista en el acuerdo entre las partes. Generalmente las órdenes de pago se dan por escrito y la orden de pago más corriente es el cheque.

Así las cosas, es manifiesto que la solicitud dirigida al banco por el titular de una cuenta corriente pidiendo la entrega de un talonario de cheques, efectuada en el impreso bancario correspondiente, constituye un documento inherente al desenvolvimiento normal de contrato bancario existente entre ambos. De ahí que tal solicitud deba ser considerada un verdadero documento mercantil, conforme a los criterios sentados por la

jurisprudencia recogida en el fundamento anterior. Procede, en consecuencias la estimación de este motivo.

Artículo 322

Uso público de nombre supuesto. Actos aislados

(S.T.S. de 23 de junio de 1992. Ponente Sr. Ruíz Vadillo.)

Único. El recurrente opone a la sentencia, que le condena por un delito de uso público de nombre supuesto, un único motivo, al amparo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando error de derecho por la aplicación indebida del artículo 322 del Código Penal.

El motivo parte del respeto al hecho probado al no intentar su modificación, si no que, por el contrario, constituye la premisa fáctica de la impugnación que formaliza. El hecho probado, en el particular que interesa al motivo, dispone que el procesado «en las dependencias policiales se identifica como Antonio P.H., hasta que fue descubierta su verdadera identidad, una vez había sido puesto a disposición judicial».

El examen de las diligencias, de conformidad con lo autorizado por el artículo 899 de la Ley Procesal, permite constatar que el procesado fue puesto a disposición judicial con el nombre supuesto que utilizaba, incluso en su declaración judicial no es interrogado por su verdadero nombre, reafirmando el procesado en el supuesto. Las restantes actuaciones judiciales se realizan con el nombre verdadero y el supuesto, así en el mandamiento de prisión y auto en el que se acuerda.

Esta Sala ha atendido en otras resoluciones motivos sustancialmente iguales. La sentencia de 1 de marzo de 1988 analiza y recoge la jurisprudencia recayente al supuesto destacando que, la publicidad a la que se refiere el tipo penal, ha sido entendida mayoritariamente por la jurisprudencia como reiteración o persistencia del uso del nombre supuesto en las relaciones humanas. Sin embargo, *en otras ocasiones se ha estimado que tal publicidad se halla presente en algunos actos aislados* que de ninguna manera conectan con la colectividad, sobre todo cuando tienen como destinatario inmediato una autoridad o funcionario público.

En igual sentido, la sentencia de 28 de octubre de 1986 y la de 24 de marzo de 1987. Esta última señala que la jurisprudencia ha estimado que existen ocasiones en las que, aún sin reiteración en el uso del nombre, se produce la infracción penal por las consecuencias lesivas de su empleo en la vida de relación y en la seguridad jurídica.

La anterior jurisprudencia, de carácter unívoco, hubiera permitido declarar la inadmisión del motivo en aplicación del artículo 885.2 de la Ley Procesal Penal, lo que ahora ha de conducir a su desestimación, como es parecer del Ministerio Fiscal.

Artículo 322

Uso público de nombre supuesto. Subtipo agravado

(Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Moyna Ménguez.)

UNICO.— La jurisprudencia de esta Sala ha entendido —como afirma el recurrente— que el delito impugnado surge cuando hay una reiteración de actos de atribución de nombre supuesto, posiblemente porque la locución adverbial «públicamente» del tipo delictivo del artículo 322 del Código difícilmente puede cumplirse en virtud de la comisión de una única acción de uso; pero esta reiteración de actos, exigida como norma general, no ha impedido apreciar el delito, sin insistencia o repetición en el uso del nombre, cuando la utilización del supuesto hubiera tenido una particular trascendencia y más en concreto cuando hubiera producido consecuencias lesivas en la vida de relación o en la seguridad jurídica (sentencia de 11 de octubre de 1972, y en el mismo sentido las de 6 de mayo de 1960, 22 de noviembre de 1962, 9 de diciembre de 1968, 22 de junio de 1971, 21 de junio de 1980, 12 de marzo de 1982, 6 de diciembre de 1985 y 24 de marzo de 1987). No consta, efectivamente, que el acusado hiciera uso del nombre supuesto más que en una ocasión, pero si aparece del relato judicial que la utilización de un nombre que no era el propio se hizo para alquilar un automóvil con la finalidad específica de transportar en él un cargamento de hachís, impidiendo de esta manera o entorpeciendo la identificación del sujeto de esta patente acción delictiva; estas circunstancias son las de singular trascendencia y de consecuencias lesivas para la vida de relación y seguridad jurídica que justifican la aplicación del tipo penal, en cuanto que el interés público en la persecución del delito se ve intencionalmente obstruido o estorbado por el nombre supuesto utilizado por el sujeto. No hay, por ende, la aplicación indebida del artículo 322, 1.^º y 2.^º del Código penal que denuncia el recurso por la vía del artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 325 bis

Delito contra la Administración de Justicia. Dualidad de tipificaciones. Intimidación de parte

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

SEGUNDO.— El otro motivo del recurso, el primero, con el mismo apoyo legal en el n.^º 1.^º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estima infringido por aplicación el art. 325 bis del Código Penal.

Se dice en el recurso que del hecho probado no se deducen los requisitos que exige para su aplicación tal precepto penal, por no existir violencia, ni intimidación.

El motivo está abocado a su total desestimación, pues a su socaire se pretende alterar o cuestionar el *factum*, aludiéndose a que sólo pretendieron los procesados pedir una explicación sobre la denuncia, sosteniendo que no existió ninguna clase de intimidación.

ción. Por lo pronto, la vía casacional utilizada obliga a un escrupuloso respeto a los hechos probados de la sentencia de instancia, pues, en caso contrario, se incide en la desestimación del motivo, a tenor de lo señalado en los artículos 885,1.^º y 884,3.^º de la Ley procesal penal —sentencias de 17 de noviembre de 1986, 31 de mayo de 1988, 3 de julio y 20 de noviembre de 1991—.

El art. 325 bis del Código Penal fue introducido por la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, dentro del Título IV, «de los delitos contra la Administración de Justicia» y concretamente en el Capítulo I, «de la acusación y denuncia falsas», delitos contra los que nada tiene que ver el nuevo precepto, porque la nueva infracción ubicada para su sanción en el capítulo, lo es propiamente contra la libertad de las partes y terceros (testigos, peritos e intérpretes) del proceso, suponiendo más bien, como contemplaría el Proyecto de 1980, una forma de obstrucción a la justicia.

El artículo 325 bis comprende en realidad dos diferentes figuras punibles, pues mientras el párrafo primero se refiere a acciones violentas e intimidatorias para influir en una posterior actuación procesal del denunciante, parte, testigo, perito o intérprete, para actuar en tales personas y se retracten de su denuncia, desisten de la acción o dejan de prestar su declaración, informe o traducción o la prestan desviadamente, el segundo párrafo contempla los actos contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de tales personas como represalia de su actuación en un procedimiento judicial.

La finalidad del precepto se encuentra en la protección del derecho de acción del derecho-deber de denuncia, la obligación de testificar y la regularidad de los dictámenes periciales y las traducciones necesarias para una adecuada apreciación probatoria, constituyendo el bien jurídico la Administración de justicia y sus medios personales de actuación a fin de que no se vean privados de la libertad de cooperación o decisión.

El delito incriminado en el párrafo primero en su dinámica comisiva hace referencia alternativa a la violencia y a la intimidación, pues la conjunción disyuntiva «o» al separar ambos elementos, así lo da a entender. Dicha infracción es de mera actividad y no precisa un resultado distinto de la acción y en su sentido tendencial se perfecciona por el solo intento violento o intimidatorio ejercido sobre los sujetos protegidos con la finalidad del auxilio procesal requerido para evitar su infiel o extraviada prestación. Si bajo el prisma de la violencia debe entenderse el empleo de la fuerza física sobre los sujetos pasivos que enumera el artículo, en la morfología de lesiones, malos tratos, etc., la intimidación hace referencia al proferimiento de amenazas verbales o reales para amedrentar al testigo, denunciante, etc... y torcer su ánimo, sin precisarse para la perfección o consumación de la infracción de la consecución del resultado pretendido por el autor, como se ha recogido en la sentencia de esta Sala de 9 de mayo.

La jurisprudencia ha estimado el término de intimidación en sentido amplio y omnicomprendido —sentencia de 23 de julio de 1988— y ha apreciado el delito en frases amedrentadoras o intimidatorias dirigidas a la víctima cuando se hallaba esperando en el Juzgado para prestar declaración —sentencia de 12 de diciembre de 1988—.

El relato fáctico, que debe ser respetado en la vía casacional utilizada, que solo cuestiona el *error iuris*, nos dice que los procesados «el día 14 de diciembre de 1984, entraron en el Bar los Tanques, que regentan José Luis Oliver Martínez y su esposa Josefina Gómez Salto y dirigiéndose a ésta le pidieron que retirara la denuncia contra su hermana Encarnación por agresión física e intento de sustracción de un pendiente y una pulsera... y le dijo Martín que en caso de no hacerlo le quemarían el bar y Antonio que ordenaría a su mujer que la arrastrara por los pelos, actitud que atemorizó al matrimonio...». La existencia de las amenazas condicionales resulta evidente del relato, no san-

cionándose como tales porque cuando las mismas persigan tendencialmente las finalidades explicitadas en el art. 325 bis del Código Penal, la doctrina científica y la jurisprudencia estiman un concurso normativo y en seguimiento de la regla del art. 68 del texto punitivo. En todo caso, las amenazas, como medio intimidatorio, se han producido en la actuación descritas en el *factum*, porque se han viabilizado mediante expresiones o hechos con entidad suficiente para causar una intimidación, como han recogido las sentencias de este Tribunal de 27 de octubre de 1982 y 4 de octubre de 1991.

El motivo debe por ello ser desestimado.

Artículo 337

Realización arbitraria del propio derecho. Concepto de violencia. Exigencia de dolo

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

TERCERO.— El delito de *realización arbitraria del propio derecho* descrito en el artículo 337 del Código Penal tiene su origen en el Código Penal de 1848 con dos diferencias respecto a la tipificación actual: La de referirse tan sólo al apoderamiento con violencia, y el de su encuadramiento entre los delitos «contra la libertad y seguridad». Así pervivió en los Códigos posteriores de 1870 y 1932, pues el de 1944, aparte de incluir la *intimidación* como medio comisivo, situó este delito entre los que atacan la *administración de justicia*, pero tal emplazamiento no debe hacer olvidar que el delito implica también un ataque a las *personas*, implícito en los medios comisivos de «violencia o intimidación», así como un ataque al *patrimonio*, en cuanto se obtiene el pago de una obligación fuera de los medios legales, es decir por propia mano por «las propias razones» según terminología clásica que aun perdura en Códigos como el italiano. El delito así se convierte en *pluriofensivo*.

De lo que antecede se derivan ya importantes consecuencias respecto a su delimitación con el robo violento, del que toma el *apoderamiento* de cosa ajena con *violencia o intimidación*, lo que excluye ya el *robo con fuerza en las cosas* y lo distingue del robo violento en que el «ánimo de lucro» es suplantado por el de «hacerse pago» con la cosa apoderada. Conforme a las normas del Código Civil (artículos 1096 y siguientes) la compulsión al pago puede hacerse en las distintas formas admitidas por dicho Código, de modo que no solo alcanza a la concreta cosa debida, sino al apoderamiento de cosa equivalente integrada en el patrimonio del deudor, toda vez que el mismo responde con todos sus bienes (artículo 1911 del Código Civil).

Las anteriores consecuencias expuestas por la doctrina científica y recibidas hoy por la jurisprudencia han supuesto en esta una importante flexión, puesto que si se llegó anteriormente a admitir tanto la fuerza física recayente sobre las personas como sobre las cosas, ello permitía la extensión del tipo a imagen del robo con fuerza en las cosas (sentencia 12 junio 1975, citada por el *à quo*), pero ya la sentencia 14 noviembre 1984, que condensa toda la doctrina sobre este delito, entendió la violencia y la intimidación como fuerza física y coacción moral en el sentido empleado por los artículos 500 y 501 del Código Penal, doctrina consolidada posteriormente (sentencias 3 noviembre 1990 y 3 febrero 1991).

CUARTO.— Finalmente, el *ánimo de hacerse pago* convierte a la infracción en esencialmente dolosa (sentencia 14 noviembre 1984) y este específico ánimo la distingue también del robo violento, ya como opuesto al ánimo de lucro (sentencias 3 febrero 1981, 26 febrero 1982), ya se entienda el ánimo de lucro en su acepción más lata de *animus rem sibi habendi* que existiría también en el delito del artículo 337, pero que queda suplantado por el ánimo de hacerse pago (sentencia 15 marzo 1991). En efecto, estamos ante un típico elemento subjetivo del injusto (sentencia 21 marzo 1991) que como tal excluye la culpa, si se entiende que existe un *error sobre el tipo*, dado que, si el error es vencible, el artículo 6 bis a) del Código Penal solo permite la remisión a la culpa, cuando la infracción sea castigada *en su caso*, como culposa. Y ya hemos visto que el delito de realización arbitraria del propio derecho no admite la comisión culposa en cuanto esencialmente doloso.

Las dos consecuencias obtenidas del análisis del tipo: exclusión del apoderamiento con fuerza en las cosas, en lugar de la violencia (fuerza física) o intimidación (fuerza psíquica), junto con la exclusión de la culpa por la concurrencia en el caso de autos de error sobre un elemento del tipo: creencia de que la cosa apoderada era propia y no ajena, eliminan la tipicidad del delito imputado en la instancia con argumentos opuestos a los acabados de exponer.

En consecuencia, se estima el motivo y con ello la necesidad de dictar nueva sentencia en la que se absuelva al recurrente.

Artículo 339

Inhumación ilegal. Doctrina general. Homicidio precedente

(Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— El Ministerio Fiscal interpuso un único motivo, por infracción de Ley del artículo 849.1 procesal, a través del cual denunciaba la indebida aplicación del artículo 339 del Código Penal.

Estima la acusación pública, de acuerdo con lo por ella mantenido en la instancia, que si el acusado, valiéndose de un cuchillo y un serrucho (siempre según el relato fáctico de la sentencia), dividió en varias partes el cuerpo de la víctima, para después arrojar las bolsas que las contenían en una planta incineradora de residuos urbanos con el fin de que no quedara rastro alguno, debió ser condenado también, además de por el delito de asesinato, por otro de inhumación ilegal.

SEGUNDO.— Como dice la Sentencia de 4 de junio de 1983, que después se citará otra vez, la *inhumación ilegal es una infracción de riesgo abstracto o comunitario, artificial* («mala quia prohibitia») y *administrativa*. Dice, en otras palabras, *se trata de un tipo penal altamente controvertido*.

El delito del artículo 339 del Código Penal supone la configuración de una norma en blanco (Sentencia de 27 de mayo de 1988) al hacerse una remisión a disposiciones de naturaleza administrativa, en cualquier caso situadas fuera de la Ley penal. Se trata de una técnica mirada con manifiesta *desconfianza* desde el punto de vista de los principios que inspiran el Derecho Penal, pero con cierta frecuencia utilizada por el legislador ante la imposibilidad de llenar de contenido sustancial determinadas figuras delictivas cuya

esencia está constituida, precisamente, *por la vulneración de reglas no penales como se acaba de decir*.

Tal referencia, sin embargo, no lo es sólo a *disposiciones de rango inferior*, auténtico supuesto de Ley penal en blanco hoy considerado inconstitucional al no respetarse «la reserva de Ley» (es el caso del ya vetusto Reglamento de Policía Sanitaria Mortuaria, de 20 de julio de 1974), *sino a otras que formalmente tienen la naturaleza de Ley* (por ejemplo la Ley de Registro Civil).

Delito en blanco que aparentemente puede plantear para algunos ribetes concretos de desigualdad (cuando no en franca contraposición al principio de territorialidad de la Ley penal) por consecuencia de los diversos planteamientos administrativos con que, desde cada Comunidad Autónoma, se establece la regulación más oportuna según las propias peculiaridades y según las competencias por cada una de ellas asumidas, lo que convenientemente se aclaró en la Sentencia de 18 de noviembre de 1991 con respecto al despacho de medicamentos deteriorados y expedición de medicamentos sin cumplir las formalidades reglamentarias.

El tipo penal acoge y criminaliza una *amplia conducta*, en la que el bien jurídico protegido puede ser la colectividad por medio de la salud pública, o el interés puramente particular para preservar a la persona viviente de errores humanos en orden al óbito.

En definitiva, el concepto de la inhumación ha sido entendido con mayor amplitud que el que se deriva, simplísticamente, de su estricto significado. No es sólo el *dar sepultura, dar tierra u ocultar con tierra*. Es lógico que tales conceptos fueren ya insuficientes dadas las muy diversas maneras con que se pueden hacer *desaparecer, esconder u ocultar* los cadáveres o fetos. De ahí que el delito comprenda igualmente los actos ilegales de inhumación por o con nichos, sarcófagos, mausoleos, o incluso en los demás lugares no habituales (incineradoras de productos o de seres humanos, pozos, piscinas, cuevas y un largo etcétera).

En esa concepción se estima como inhumación ilegal *cualquier acto tendente a desprenderse del cadáver, o feto, con infracción de leyes o reglamentos, bien con enterramiento, bien con ocultación, bien con destrucción, de manera permanente o temporal*. Se ha dicho por eso que con este delito merecen castigo *cuantos impiden* que los cadáveres o fetos sean conducidos, en el tiempo y con las formalidades legales, al recinto o recintos destinados al efecto, permaneciendo por el contrario insepultos, en medios inapropiados, *o destruidos indebidamente*, con la posibilidad de *transmitir o propagar enfermedades o esparciendo y alimentando*, con su putrefacción, una fauna cadavérica libre, *cuando no impidiendo que los deudos y familiares apliquen las exequias y ritos acostumbrados*.

TERCERO.— El problema más importante que desde el punto de vista jurídico-penal se plantea es el que aquí se cuestiona.

El tratamiento que ha de merecer la infracción cuando fue precedida por un delito contra la vida cometido por la misma persona, ha sido objeto de sendas tesis contradictorias, tanto en la doctrina científica como las resoluciones de esta Sala Segunda.

Por lo que a ésta respecta, a favor del autoencubrimiento impune en base al principio de no exigibilidad, se pronunciaron distintas resoluciones (5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras).

En esa idea, se llega a la simple ocultación del cuerpo del delito, acto posterior impune donde el desvalor del acto primero conduce, y consume, al desvalor del acto posterior, porque *no es dable exigir, en derecho, que el homicida que pretenda ocultar el «corpus delicti», para evitar la sanción penal acuda al Registro Civil, lo que supondría*

denunciarse a sí mismo. Como lo que conduce al absurdo debe rachazarse en el terreno jurídico, espontánea y naturalmente se manifiesta la imposibilidad de llegar a la condena de la posterior infracción.

Más la segunda orientación (Sentencias de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983, entre otras) muestra un criterio favorable al concurso por ser dos los bienes jurídicos que resultan atacados (vida y salud pública), sin que ninguna infracción absorva a la otra. El autoencubrimiento, dicen, es impune solamente *cuando los actos que lo integran no constituyan por sí otro delito*, lo que se demuestra consultando el artículo 17.4 de la Ley procesal penal, al considerar conexos los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros. Además al no ser consustancial o inherente al delito contra la vida, la infracción de riesgo o de peligro abstracto, *no tiene porqué absorver aquella a éste último*.

El motivo se ha de desestimar. Ciertamente es cuestión dudosa con recíprocas argumentaciones no exentas de solidez.

Los fundamentos de la primera tesis, o *teoría del autoencubrimiento impune*, acabó por imponerse ante esta Sala. *Como acertadamente establece la Sentencia de 24 de octubre de 1989* (última representación del criterio de la Sala Segunda), *no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos, tal es el presente, en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la sección homicida, no, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública*. Coloquialmente señala dicha resolución «que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado.

Artículo 344

Tráfico de drogas. Delito provocado

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

PRIMERO.— Frente a la sentencia dictada el día 24 de octubre de 1990 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga han interpuesto sendos recursos de casación los procesados, Gerhard Dieter Hohle Santa María y Oscar Mateo Sánchez. El del primero de tales acusados se encuentra conformado en dos motivos de infracción de Ley y el del otro, en un único motivo de esta clase. Sin embargo tanto este único motivo como el primero del recurso del coacusado coinciden en el planteamiento de la cuestión del delito provocado, por la vía del n.º 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ante el silencio del Derecho positivo sobre este punto, ha sido la doctrina de esta Sala la que ha tenido que pronunciarse sobre las consecuencias de la provocación policial y así lo ha hecho en un conjunto de sentencias, de las que son exponente las de 6 de julio de 1980, 8 de junio de 1984, 25 de septiembre de 1985, 9 de octubre de 1987, 20 de febrero y 21 de septiembre de 1991 y 15 de febrero de 1992, destacando que supone, en primer término, un problema de política criminal y que como tal aparece íntimamente conectado con el sistema político imperante en un país y, por tanto, no puede recibir el mismo tratamiento bajo un régimen autoritario, que prima el carácter represivo del or-

denamiento penal *so pretexto* de la seguridad, que en un Estado de Derecho en que se encuentra proscrita la ilegalidad y la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9,3 de la Constitución Española— y donde se eleva a la categoría de principio fundamental el respeto a la dignidad de la persona y a su libertad, traducida también en su espontánea determinación, prohibiendo así tanto las formas coactivas de la ajena voluntad como las torticeras y engañosas aunque estuvieren dirigidas a la represión y prevención de la delincuencia.

Si bien el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la Policía la averiguación de los delitos públicos y practicar las diligencias necesarias para su comprobación, descubrimiento de los delincuentes y recogida de efectos, instrumentos o pruebas para ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, no puede entenderse que puedan utilizar en su trabajo y actividad medios contrarios a los principios constitucionales, reprobables o ilícitos, entre los que se encuentran, indudablemente, los tendentes a la provocación del delito cualquiera que fuere la ulterior finalidad perseguida.

Delito provocado es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosas de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona o personas sospechosas y con la intención de constituir pruebas indubitables y para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.

De la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia se destaca cómo el agente encubierto ha puesto de relieve y ha dado a conocer una trama previa de tráfico de drogas, para lo cual se sirvió de un tercero, también procesado y condenado, pero no recurrente —José Manuel Ruíz Ruíz— que facilitó el contacto entre un comprador que no ha sido identificado en la causa y los procesados recurrentes para realizar una operación de tráfico, venta de haschís y en la que iban a proceder a la entrega de la droga. Los hoy recurrentes circulaban en un vehículo Nissan Patrol y a una señal del otro coprocesado Ruíz Ruíz, siguieron hasta la explanada del Supermercado Continente de Málaga pero, al apercibirse del cerco policial a que estaban sometidos, huyeron a pie, pero siendo detenidos por la Guardia Civil y ocupándose en el vehículo que conducía el procesado Dieter Hohle y tapados con un colchón de espuma cuarenta kilogramos de haschís.

La sentencia impugnada recoge que el agente encubierto se puso en contacto con un extranjero que pretendía comprar dicha droga, pero en nada alude a que tal agente ofreciera a ese tercero o a otros una operación de compraventa de droga. La vía casacional utilizada del n.º 1.º del art. 849 de la Ordenanza procesal penal comporta un reverencial respeto los hechos probados y su alteración por adición, supresión o modificación comporta la desestimación del motivo. Los hechos probados lo que revelan y patentizan es una operación de desmantelamiento de una operación de tráfico de drogas, la detención de los participantes así como la ocupación de tres bolsas de resina de haschís del peso indicado.

El miembro de la Guardia Civil, disimulado en su condición no hizo otra cosa sino descubrir dicho alijo y desmontar la planeada operación. La actividad de este agente encubierto no estuvo encaminada a suscitar en ninguno de los procesados, ni en el extranjero no identificado la idea criminal, sino exclusivamente a esclarecer e investigar y, en última instancia, a poner fin a la actividad criminal —sentencias de 15 de febrero de 1982 y 9 de octubre de 1987— por cuyo motivo procede la desestimación del único motivo del recurso del procesado Oscar Mateo Sánchez.

Como la operación desbaratada había supuesto la consumación del delito, por cuanto existía la tenencia de la droga preordenada al tráfico, el delito contra la salud pública del art. 344 del Código Penal estaba ya cometido y al no estar en presencia de un delito provocado por lo antes razonado y expuesto, procede también la desestimación del primer motivo del procesado Gerhard Dieter Hohle Santa María, que denuncia la inaplicación de los artículos 4 y 52 del Código Penal, pero no se está en presencia de una Conspiración o proposición, sino de una tenencia y transporte de sustancia prohibida para destinarla a la venta, ni tampoco de una tentativa imposible. El delito del art. 344 responde a la estructura de los delitos de peligro abstracto y su punibilidad arranca de la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, situándose el tráfico real o efectivo más allá del área de consumación, siendo la obtención de lucro ajena al tipo —sentencias, por todas, de 10 de julio de 1987 y 19 de abril de 1988— y si bien algunas sentencias han admitido formas imperfectas lo es para los supuestos de comprador-tradicante que no ha accedido aún a ninguna forma de disponibilidad de la droga —sentencias de 2 de junio de 1987 y 6 de abril de 1988, entre otras— lo que no ocurre en este caso.

Artículo 344 y 344 bis a) 1.^º

Tráfico de drogas. Medicamentos. Rohipnol. Establecimiento penitenciario

(Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Martín Pallín.)

PRIMERO.— Se formaliza el primer motivo al amparo del n.º 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 344 del Código Penal.

1.— Por la vía del error de derecho aborda la recurrente varias cuestiones que pueden ser analizadas de manera conjunta con el contenido del motivo segundo en el que se denuncia la violación de lo dispuesto en el artículo primero del Código Penal.

En primer lugar plantea la absolución de la acusada por no haber participado en la comisión de los hechos que se le imputan en la sentencia recurrida, cuestión que no tiene encaje en la vía casacional elegida, ya que es imperativo respetar el contenido del relato de hechos probados.

En el relato fáctico se afirma que la recurrente entregó al centro Penitenciario una bolsa de tela con diversos enseres destinados a la persona con la que convivía, que estaba interno en el citado establecimiento y al ser examinado por el funcionario de turno se encontró entre las tapas de un libro veinte pastillas de Rohipnol.

2.— La acusada realiza actos de transmisión de un fármaco que se encuentra clasificado entre las sustancias consideradas como psicotrópicas y actúa con conocimiento de la ilicitud de tal conducta como pone de relieve el hecho de que escondiese el producto entre las tapas de un libro con objeto de evitar que fuese descubierto fácilmente por los encargados de revisar los paquetes destinados a los internos.

La Sala sentenciadora con acertado criterio no aplicó la agravante específica o subtipo agravado que se contienen en el número primero del artículo 344 bis a) del Código Penal, en cuanto que del relato de hechos probados se desprende que la sustancia psicotrópica no estaba destinada a su difusión en *establecimiento carcelario*, ya que pretendía

únicamente subvenir a la necesidad de la persona a la que estaba ligada afectivamente. De esta conducta no puede desprenderse el móvil o finalidad de su difusión, que exige un dolo específico y una constancia fáctica que se echa de menos en el relato de hechos probados y, en todo caso, no podemos rectificar este punto sin caer en una reforma de la sentencia en contra del reo en un punto que no ha sido objeto de planteamiento a esta Sala.

3.— La tercera cuestión que se contiene en el motivo citado hace referencia a un punto que sí ha sido abordado por la sentencia que se recurre y es el relativo a la consideración del psicotrópico ocupado, —Rohipnol—, como gravemente dañoso para la salud.

Su consideración como sustancia que daña la salud pública esta recogida en las listas correspondientes y uno de sus componentes, —el flunitrazepam—, fue incluido por Orden de 30 de mayo de 1984 en la Lista IV Anexo I del Decreto 2829/77 de 6 de octubre, sobre sustancias y preparados psicotrópicos en relación con el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971.

La consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano. Así nadie discute el efecto deletero y desintegrador de la personalidad que producen sustancias como la cocaína y la heroína, pero debe valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que en ocasiones se encuentran incorporadas a las fórmulas y composición de productos farmacéuticos.

El Rohipnol es un inductor del sueño que se utiliza también como preanestésico y que incluye en su composición como elemento activo, —como ya se ha dicho—, el flunitrazepam lo que le convierte en una sustancia psicotrópica cuyo tráfico está tipificado como delito en nuestro Código Penal. Ni por su composición y efectos causa grave daño a la salud, ya que se trata de un fármaco que puede ser dispensado sin apenas contraindicaciones y efectos secundarios, sin que produzca adicción específica y sin que altere la personalidad del que los consume. El carácter nocivo de este y otros medicamentos viene determinado no por su composición intrínseca, sino por el abuso en su consumo, sin respetar las prescripciones contenidas en los prospectos que contienen recomendaciones sobre su administración y posología. Las incompatibilidades y efectos negativos o perjudiciales para la salud vienen originados por su consumo desordenado y sin respetar las prescripciones sobre incompatibilidad con la ingestión de alcohol y otros neurolépticos o tranquilizantes. En todo caso el efecto gravemente perjudicial para la salud vendrá determinado por el uso incontrolado en la dosificación y por la conducta del consumidor, elementos que no pueden ser adicionados para transmutar la composición farmacológica del medicamento en gravemente dañosa para la salud.

Por lo expuesto este apartado del motivo debe ser estimado.

Artículos 344 bis e) y 48

Comiso. Proporcionalidad. Tráfico de drogas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

TERCERO.— El «comiso» —perdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y traslado directo e inmediato de la titularidad dominical de los mismos a favor del Estado— desde el Código Penal de 1822 (anterior al concepto de medida de

seguridad), que le incluyó en su arsenal de penas, llega a nuestros días como tal y accesoria de la principal (cual se deriva del tenor literal del artículo 48 del Código Penal vigente, posición sistemática del precepto —Título III de la Parte General, «De las Penas»— y del hecho de no poder imponerse a terceros), pudiendo afirmarse que a partir del Código de 1848 nada ha cambiado al respecto, excepto pequeños retoques y la alteración sobrevenida por la breve vigencia del Código de 1928, que escapando, en parte y sólo formalmente, a la inercia anterior, incardinó el «comiso» como medida de seguridad, si bien, en su desarrollo, coincidió fundamentalmente con el «comiso-pena» de los textos anteriores, debiendo resaltarse al efecto que los preceptos referidos al mismo han permanecido esencialmente inalterados desde el Código de 1870 hasta la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

Con anterioridad a dicha Ley Orgánica, el Proyecto de Código Penal de 13 de enero de 1980, que aceptaba la pena de «comiso» (siguiendo en líneas generales a los Códigos de 1870, 1932 y 1944) como línea programática explícita que «el nuevo Código concibe la pena como un castigo que de guardar» «proporción» «con la gravedad del hecho cometido» y afirmativamente que «no hay pena sin culpabilidad». No obstante, no tiene en cuenta para nada que cualquier dosis de culpabilidad no es bastante siempre para cubrir el contenido de la sanción que comporte el «comiso» (cuando éste fuera de un volumen desproporcionado con la primera) y olvidando las declaraciones programáticas, paradigmáticamente, no acoge —como correctivo al defecto indicado— la posibilidad de que en los casos de patente desproporción entre antijuricidad y culpabilidad, por un lado, y contenido sancionador del «comiso», por otro, se pudiera prescindir, total o parcialmente, de dicha pena accesoria.

Después de dicho Proyecto y antes de la Ley Orgánica 8/1983, concretamente el 13 de junio de 1982, se promulga la Ley Orgánica 7/1982, de Contrabando, en cuyo artículo 5, se regula la procedencia del «comiso» para dicha materia y con relación a los medios de transporte (número 3, párrafo 1.^º) señala una excepción al deber de decretar el «comiso» de los mismos «si el Tribunal ... estima que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto de contrabando».

Dicha normativa, como antecedente legislativo próximo, por una parte, y la exigencia doctrinal de acomodar el castigo a la culpabilidad, o si se prefiere, a una infracción, no en su gravedad abstracta, sino en su reproche respecto al particular responsable de la misma, por otra, todo ello en aras de los principios de culpabilidad y «proporcionalidad», principios junto con otros como el de seguridad jurídica (certeza) y el de legalidad, que están presentes en el Ordenamiento Jurídico, en cuanto expresión de la idea y valor de justicia (de la que forman parte) proclamada en nuestra Ley Fundamental (Cfr. las recientes SS. de 3 y 9 de marzo del actual año 1992), indudablemente y aunque la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, no dedica una sola línea a la adición de un segundo párrafo al artículo 48 del Código Penal, debió influir en el legislador para completar dicho precepto permitiendo que el órgano jurisdiccional prescinda total o parcialmente del «comiso» si el valor de los objetos no guarda «proporción» con la naturaleza y gravedad de la infracción. Novedad plausible pues posibilita una adaptación más flexible a la culpabilidad en el marco de determinación de las penas, máxime si se tiene en cuenta que en las penalidades conjuntas —y el «comiso» es en nuestro ordenamiento pena accesoria— la deseable proporción con la culpabilidad (asumido en ella el elemento previa de la antijuricidad) debe entenderse referida a la suma de las penas comparables.

Por fin, la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, introduce en el Código Penal el nuevo artículo 344 bis e) por el que el legislador amplía en gran manera el ámbito de aplicación del «comiso» en el delito de tráfico de drogas, definiendo de manera concreta y detallada el círculo de los instrumentos y aplicando el comiso a las ganancias o «producta sceleris», intentando el legislador con la aprehensión de las ganancias, junto con la multa elevada y la penalización del blanqueo, reprimir las ventajas económicas ligadas a la drogodelincuencia, factor criminógeno, importante en dicho ámbito.

No entiende el artículo 344 bis e) citado cláusula de proporcionalidad como la del apartado segundo del 48 antes referido. En principio, podría pensarse que, dados los presupuestos típicos del precepto, en todo caso sería aplicable el «comiso» sin tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción, más ello desconocería el carácter del nuevo artículo que, a través de la remisión que, indudablemente hace, al artículo 48, llega a una aplicación generalizada de su normativa, incluso la contenida en su segundo párrafo, a los supuestos especiales del comiso, que solamente se ocupan del círculo o área de objetos decomisables, debiendo por ello reivindicarse para el mismo la vigencia del principio de proporcionalidad indicado, de no querer conculcarse, quizás y en algún supuesto, las garantías para la propiedad privada contenidas en el artículo 33 de la Carta Magna, y el principio de adaptación de la pena a la culpa.

CUARTO.— El motivo 3.^º, impugnado por el Ministerio Fiscal, debe, no obstante, ser estimado, ya que si ciertamente en el automóvil propiedad del acusado se encontraba la droga intervenida (oculta debajo de una de sus alfombrillas) y en él fue recogida la misma, cuando se acudió a lugar diferente para su adquisición, lo que hizo que el sentenciador, considerándole instrumento del delito, decretara su comiso, también lo es que la droga intervenida al procesado (y por cuya tenencia preordenada al tráfico viene condenado) es de las que no causan grave daño a la salud y su cuantía superior a la que se considera jurisprudencialmente como límite a la exigida para el Autoconsumo, no es en cuantía exagerada, algo mas de 70 gramos, la sanción privativa de libertad y multa que se le impuso se considera eficiente a su culpabilidad, resultando excesiva y desproporcionada la pena accesoria de «comiso» del vehículo de su propiedad, que por juego del párrafo segundo del artículo 48 del Código Penal, no debe decretarse.

Artículos 349 y 350 bis a)

Delitos contra la Hacienda Pública. Subsunción del delito contable. Unidad delictiva

(Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— Se denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 319.1 del Código Penal, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 2/85, de 29 de abril, y del vigente artículo 349 del mismo texto legal, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Razona el recurrente, haciendo una síntesis de sus argumentos, en el sentido de que no hay delito fiscal por el hecho de no llevar libros y registros de contabilidad, ya que el Código exige que la obligación esté fijada por Ley, que la defraudación es el elemento esencial del tipo delictivo, con cita de las sentencias de esta Sala de 12 de marzo y 12 de mayo de 1986 y que, por otra parte, no se ha acreditado prejuicio patrimonial a la Ha-

cienda Pública y, en definitiva, que el simple impago no es suficiente para elevar a la categoría de delito la actitud del contribuyente, insistiendo en que, al tratarse de un impuesto de tráfico de empresas cuya declaración es obligatoria, como sucede con el impuesto de sociedades y otros muchos, siempre habrá que pagar (se trataba de un negocio de fabricación de lejas) y, por consiguiente, que la no declaración no podía suponer, de ninguna manera, engaño para la Hacienda.

Teniendo en cuenta el cauce elegido por el recurrente, el único soporte eficaz para construir una impugnación lo es el hecho probado y en él, a los efectos que aquí interesan, se declara que, con ocasión de una inspección practicada por la Delegación de Hacienda de Ciudad Real, se descubrió que durante los ejercicios 1983, 1984 y 1985 el inculpado ni llevó libros de contabilidad, ni presentó declaración del ITE, dejando de ingresar en el Tesoro 5.367.206 pesetas (en 1983), 5.827.395 (en 1984) y 6.462.551 (en 1985), todo ello sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto del delito contable.

El motivo no puede prosperar. Existe una doctrina consolidada, constante y reiterada de esta Sala cuya proyección, interpretando los preceptos invocados como indebidamente aplicados, conduce a la desestimación. En efecto, para la existencia del delito son necesarios los elementos objetivo y subjetivo y, por tanto, es imprescindible el ánimo de defraudar (sentencia de 28 de junio de 1991), pero esa intención defraudatoria, evidente en quien de propósito declara mal o torticeramente, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente de este deber específico, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria que puede ser tomada como expresión —inveraz— de no emitir hecho imponible (sentencias de 27 de diciembre de 1990, 20 de noviembre y 3 de diciembre de 1991). Y esta idea es aplicable a todo tipo de supuestos porque el presupuesto es igual en todos y, por tanto, también en el viejo ITE, porque en todos ellos la plataforma delictiva está construida sobre la base de una declaración inveraz o falseada o una no declaración y, paralelamente, un ánimo de defraudar que, como todo elemento anímico, interno, es sólo captable por los Jueces y Tribunales en función de inferencias que, si son lógicas y conformes a las reglas de la experiencia, como aquí sucede, han de ser mantenidas, pues no es tarea de la Sala reconstruir el material probatorio, además sin el dato esencialísimo de la inmediación. Del hecho probado de no declarar un empresario en tres ejercicios consecutivos el ITE, conocedor de las obligaciones fiscales y, en consecuencia, no ingresar más de 17.000.000 de pesetas, no es nada contrario al sentido común y a las normas de la experiencia deducir el ánimo defraudatorio. La circunstancia de que la declaración fuera obligatoria en nada obstaculiza la existencia del hecho penal.

Procede la desestimación.

SEGUNDO.— Se denuncia, con el mismo apoyo procesal, infracción por no aplicación indebida del artículo 350 bis a. del vigente Código Penal.

El argumento que se utiliza por la Defensa es que el deber de llevar contabilidad no se cumplió absolutamente puesto que una cierta contabilidad existía, circunstancia que, pese a lo que en el motivo se afirma, no aparece recogida en el relato fáctico de la sentencia, habida cuenta de que precisa y terminantemente se afirma que el inculpado no llevó libros de contabilidad ni presentó declaración del ITE.

Ahora bien, acreditada, sin duda, una voluntad impugnativa genérica de negar la existencia del delito, aunque sea por otra dirección, el motivo ha de ser acogido.

La sentencia de instancia condena por un delito del artículo 350 bis a., que algunos llaman contable y cuya denominación acaso más expresiva pudiera ser la de grave incumplimiento de determinadas obligaciones contables, y, por otro, contra la Hacienda Pública, ambos referidos al año 1985, lo que no es correcto hacer, desde el punto de vis-

ta técnico-penal, pues, como señala la sentencia de 27 de diciembre de 1990, este delito contable va dirigido a tipificar unos determinados comportamientos, actos formales, en definitiva, que ofrecen la característica de poder servir de medio para la realización o posibilitación maliciosa de los delitos contra la Hacienda Pública y que, por consiguiente y en realidad, son actos preparatorios que por mandato legal adquieren la categoría de figura penal propia y específica cuando se ofrecen autónomos, pero que sustancialmente no pasan de ser una modalidad, una forma imperfecta, en el «iter criminis» del delito fiscal o contra la Hacienda Pública, de tal manera que, la relación concursal entre el artículo 350 bis y el 349 es de normas y no de delitos. Si una conducta es subsumible, primero en el delito contrable y, después, en el delito contra la Hacienda Pública, se da una clara relación de consunción. No se puede castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después consumado, a que dicho acto se refiere, porque constituiría una vulneración del principio esencial «non bis in idem». Es por ello por lo que procede estimar el motivo y dictar en este punto una sentencia ajustada a derecho.

Artículo 358

Prevaricación administrativa. Elementos. Inexigencia de perjuicio o lucro

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1992. Ponente Sr. Carrero Ramos.)

SEGUNDO.— El primer motivo del recurso por corriente infracción de ley (art. 849 n.º 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) ha alegado la aplicación indebida del artículo 358 del Código Penal porque no concurren los requisitos para integrar el delito de prevaricación. Claro está que tal motivo ha de atenerse a los hechos probados.

Lo cierto es que el recurrente enumera esos elementos y que se puede comprobar que concurren todos en los hechos. El Alcalde era funcionario público por elección popular (art. 119 del Código) requisito subjetivo innegable; la resolución que adoptó pertenecía a su competencia ordinaria artículo 24 e del Texto refundido de Régimen Local (R.D. Ley 781/86) y está inequívocamente adoptada en asunto administrativo. Objetivamente esa resolución no era legal pues al plan urbanístico le faltaba la aprobación definitiva (art. 84.1 de la Ley del Suelo y desde luego no se trataba de ninguno de los supuestos del 17.2 y 82.2 de la misma), que correspondía a la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma (art. 4.7 de la Ley 5/86, de 23 de mayo), previas subsanaciones y requisitos a que hemos aludido en el fundamento anterior y no al Ayuntamiento; además se adoptó en contra al parecer expreso del Secretario de la Corporación y del funcionario técnico competente en la materia. La existencia de esos informes contrarios y la obstinación en prescindir de los requisitos legales señalados es lo que justifica la aplicación de la norma penal, como señalaba la Sentencia de esta Sala de 2-11-78, pese al criterio restrictivo con que debe aplicarse (considerando 3.º, *in fine*).

Pero no es eso todo y hay más para determinar que fuera manifiestamente injusta. Tal precipitación en la concesión de licencia prescindiendo de trámites y requisitos, desoyendo asesoramientos contrarios, no era normal, ni fue casual; la beneficiaria de esa resolución expeditiva era una sociedad mercantil de la que el Alcalde era presidente, además de accionista tenedor de 1/7 del capital. Los artículos 182 y 183 del Reglamento de régimen jurídico de las entidades locales (R.D. 2568/86) establecen el deber de abs-

tenerse de los funcionarios remitiendo la regulación de las causas de abstención a la legislación del procedimiento administrativo común y el artículo 202. de la Ley de 17-7-58 en su apartado a) incluye como primera causa de abstención de toda «autoridad o funcionario» la de «tener interés personal en el asunto o ser administrador de sociedad o entidad interesada»; caso que alcanzaba de lleno al que era presidente de la sociedad promotora de la urbanización y solicitante de la licencia.

Sin embargo puede comprobarse por esta Sala (usando de la facultad del artículo 899 de la Ley procesal) que a lo largo del expediente no sólo no se abstuvo sino que intervino decisoriamente continuadamente, hasta resolviendo un empate (sesión del Pleno de 20-2-87). Actuación que podía viciar esos actos y determinar responsabilidades. Y que se coronó concediendo la licencia, que originó el comienzo de las obras meses antes de que estuvieran debidamente autorizadas, poniendo a la Administración y a cualquier vecino o persona interesada ante un hecho consumado. Las demoliciones es sabido que son costosas, litigiosas y gravosas, a la larga suelen conducir a la tolerancia como mal menor.

Esa conducta dió lugar a la postulación por la Acusación particular de un delito del artículo 401, no descaminada del todo, por cuanto el requisito de «interesarse directa o indirectamente» concurría aunque la interpretación restrictiva de los términos «contrato u operación» condujera a la Audiencia a descartar la aplicación de esta norma penal.

El tipo del delito no exige ni el logro de lucro, ni el perjuicio de terceros, ni de la Administración (que no han concurrido), por lo que, con independencia de que ya es perjudicial para el prestigio de la Administración la *vox populi* de arbitrariedad o favoritismo discriminatorio (fácilmente atribuible al propio interés del presidente y socio de la concesionaria) y de que en el expediente han alegado otros interesados y ha habido denuncias y querella, no obsta la ausencia de perjuicios concretos para la aplicación del tipo penal. Tal perjuicio no es exigencia del mismo. La protección jurídica no cubre sólo intereses económicos sino también la legalidad de la actuación administrativa, que repercute tanto en las expectativas de imparcialidad de los administrados como en el prestigio de la Administración cuya acción no solo debe ser ajustada a la ley sino que tiene que mostrarse como tal.

En cuanto al elemento anímico es objeto del motivo siguiente y allí se examinará.

El motivo con una construcción jurídica y dialéctica encomiables técnicamente, no logra sin embargo destruir la concurrencia tipificadora y no prospera.

Artículo 360

Prevaricación de abogado. Perjuicio moral

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— En un motivo único, se alega por el Ministerio Fiscal, con correcto apoyo procesal, infracción de Ley por no aplicación del artículo 360 del Código Penal. La sentencia de instancia estima que el delito de prevaricación, del que fue acusado el imputado en la Audiencia, no existió, argumentando que faltó el requisito del perjuicio para el cliente. Como ya quedó explicado, según la narración histórica de la resolución recurrida, el Abogado, condenado por falsedad, deja de presentar la correspondiente de-

manda encargada por el cliente por las razones que fueran, acaso por abandono o descuido, tras la oportuna preparación, haciéndole creer que lo ha hecho, hasta el extremo de asegurarle que ha recaido sentencia favorable a sus intereses, sentencia confeccionada por él mismo, que es firme y que, por tanto, es irrecusable, en los términos ya examinados en el anterior recurso.

Pese a todo ello, la sentencia le absuelve por este delito de prevaricación por estimar que falta uno de los elementos: el perjuicio, teniendo en cuenta que la no presentación de la demanda ningún perjuicio produjo al cliente, puesto que siempre cabía la posibilidad de iniciar el pleito sin que el simple retraso durante unos meses pudiera comportar la existencia de tan esencial requisito.

SEGUNDO.— Tiene razón el Ministerio Fiscal. El artículo 360 del Código Penal citado contiene un supuesto muy específico del que sólo pueden ser sujetos activos los Abogados y los Procuradores: el abuso malicioso del oficio en su modalidad dolosa o la negligencia o ignorancia inexcusables en el ejercicio de sus respectivas actividades, en la vertiente de imprudencia temeraria que perjudica a su cliente o descubre sus secretos. Prescindiendo de si, en definitiva, este segundo elemento se reconduce siempre al perjuicio porque el descubrimiento del secreto en beneficio precisamente del cliente (para obtener, por ejemplo, una sentencia absolutoria) difícilmente podría tener cabida en el campo penal, en todo caso hay que poner de relieve que *el perjuicio puede ser moral o patrimonial* y la circunstancia de que, como consecuencia de la indemnización satisfecha, no se haya consumado el perjuicio material por el correspondiente resarcimiento, para nada empece a la existencia del delito.

Es por ello por lo que procede casar la sentencia y dictar otra ajustada a Derecho en el sentido propuesto por el Ministerio Fiscal.

Artículo 383

Limitaciones a la libertad sexual. Doctrina general. Solicitud sexual. Funcionario público

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

PRIMERO.— El motivo 1.^º del recurso interpuesto por el acusado —condenado en la instancia, como autor de dos delitos de «limitaciones a la libertad sexual», a sendas penas de 6 años y 1 día de inhabilitación especial— al amparo de la vía procesal del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por corriente infracción de Ley, aduce vulneración, por aplicación indebida, del texto y espíritu del artículo 383 del Código Penal, ya que la sentencia censurada entiende que el bien protegido es el legítimo ejercicio de la función pública y la prestación de ésta dentro de la legalidad exigida por el Ordenamiento Jurídico, cuando en realidad el precepto únicamente protege la libertad sexual de los administrados.

El motivo, que en su desarrollo no observa la coherencia debida con lo expresado en su extracto y que, en la última parte de su argumentación se explicitan razones vinculadas con las expuestas en el motivo 3.^º, carece de base atendible.

En efecto, el artículo 383 del Código Penal, primero de los dos que integran el Capítulo VIII, rubricado como «De las limitaciones a la libertad sexual» («De los abusos

contra la honestidad» antes de la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989) y dentro precisamente del Título VII del Libro II, dedicado a «los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en esencia prevé el supuesto de «un funcionario público que abusa de la específica situación prevalente, que le confiere dicha condición, para solicitar sexualmente a una persona que, en cierta forma, está bajo su decisión», lo que implica ni más ni menos, que una situación de preeminencia del agente y, consecuentemente, otra de dependencia del sujeto pasivo. Partiendo de dichas premisas, de su incardinación dentro del Título dedicado a los delitos funcionariales y hasta de la propia y específica sanción que conlleva, inhabilitación especial, pese a encontrarse contemplada la figura del artículo 383 referido en el Capítulo VIII del mencionado Título, consagrado a las denominadas normativamente «limitaciones a la libertad sexual», no es ciertamente la «libertad sexual de los administrados», ni siquiera de manera principal el único bien jurídico tutelado penalmente en tal artículo, sino también —como se lee en la S. de 13 de junio de 1979— el irreprochable comportamiento del funcionario, cuya desleal extralimitación en tales situaciones, no puede por menos que traducirse en público desdoro y des prestigio, tanto del funcionario mismo como de la institución oficial en que está integrado, o, en otras palabras, el interés público que tiene la Administración de que su gestión se realice con la máxima corrección y que se concreta en la obligación de un exquisito cumplimiento de los deberes del servicio que incumbe a todos los funcionarios; siendo por tanto dos bienes jurídicos los protegidos por el precepto, uno que afecta al interés «público» y otro a un interés «individual» o «particular».

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.— El correlativo motivo, igualmente por corriente infracción de Ley y por la misma vía casacional, alega que la sentencia de instancia ha conculado el artículo 383 del Código Penal citado, al haber sido aplicado a un supuesto de hecho no incluido en la literalidad de sus términos, ni en el sentido de sus palabras, ya que en el precepto el significado de la solicitud sexual debe ir más allá que una mera propuesta o la exteriorización de un liviano deseo, no concretado, ni menos aún puesto en práctica.

El motivo debe correr igual suerte que el anterior y ello en virtud de las siguientes y escuetas razones: 1.^a), se trata de un supuesto en el que, debido a la situación prevalente del funcionario, el precepto adelanta la protección penal de la «libertad sexual» al hecho de la «mera solicitud», momento en que el tipo se cumple, con independencia de que la proposición se traduzca o no en la realización concreta del acto solicitado, ya que se trata de un mero delito de actividad, no de resultado; mientras que la solicitud fuera realizada por un particular (en vez, de por el funcionario público), carecería, en términos generales, de relevancia penal, sería impune o, a lo más, objeto de, un reproche venial; y 2.^a), la acción nuclear del tipo «solicitar sexualmente», resulta polémica doctrinalmente, pues mientras un sector considera que ha de entenderse en el sentido de «proponer el acceso carnal completo», otro se decanta para que la solicitud sea punible, tanto a la que tiende a obtener el «yacimiento», como a «la que tiene por objeto cualquier otro acto lúbrico». Postura está última que, después de la reforma de 1989, al extender el tipo y poder ser sujetos activo y pasivo indistintamente varones o hembras, adquiere mayor predicamento y a la que esta Sala se adhiere, interpretando el término «solicitar» en sentido amplio, admitiendo que la proposición o petición comprende la de cualquier manifestación sexual, lo mismo cuando se pretenda la realización del acto sexual completo, como la dirigida a ejecutar cualquier acción de contenido sexual.

El motivo, como se intuía, debe ser desestimado.

TERCERO.— El motivo 3.^º y último del recurso, residenciado igualmente en la vía casacional del número 1.^º del artículo 849 de la Ordenanza Procesal, denuncia que la sentencia impugnada infringe el repetido artículo 383 del Código punitivo vigente, al haber incluido en su texto como cancionable la sola concurrencia del carácter de funcionario, cuando para su correcta aplicación era necesario que concurriera además una al menos de las tres circunstancias que el precepto determina, obligación de resolver, deber de evacuar informe o de elevar consulta a un superior.

El motivo, como los anteriores, debe decaer, puesto que el artículo 383 del Código Penal, con origen en el Código de 1.822, tras modificaciones que no hacen al caso, en los extremos objeto del motivo casacional se mantiene en su primitiva redacción, debiendo interpretarse, ni extensiva ni analógicamente, pero sí acorde y a la vista del contenido del artículo 3.1 del Código Civil y, muy concreta y específicamente de acuerdo con «la realidad social del tiempo en que nos encontramos» —distinta en todos los aspectos a la existente hace más de siglo y medio— y con atención especial al «espíritu y finalidad» de la norma —interés de la Administración en que su gestión se realice, con la máxima pulcritud y corrección, así como evitar la intromisión del funcionario público en el ámbito de la libertad sexual de los administrados—, y así, la expresión «pendientes de resolución» no puede entenderse simplemente como pendiente de dictar resolución en el sentido técnico-jurídico de la palabra, esto es dictar una diligencia de «ordenación», «providencia», «auto» o «sentencia», sino que dicha expresión quiere decir «pendiente de una toma de decisión que, de hecho, esté al alcance del funcionario», como puede ser, en el supuesto cuestionado, que un oficial de la administración de Justicia, ponga a trámite o no un determinado asunto o, puesto ya en marcha, agilice o retrase su curso, habida cuenta la acumulación de asuntos que puede y suele haber en los juzgados y la importancia que tiene para la persona «solicitada» la mayor o menor rapidez en la tramitación, función encargada legal y reglamentariamente al oficial de la Administración de Justicia (artículo 485 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y artículo 3.2.^a del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto de 19 de septiembre de 1986), en la que sí es decisiva su intervención de «hecho», aunque reglamentariamente no le incumbe ninguna realización de actividad de impulso procesal.

Desestimados los tres motivos que integran el recurso, procede el decaimiento de este último en su integridad.

Artículo 401

Fraude. El «interesarse». Concejal de ayuntamiento

(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis.)

TERCERO.— El motivo tercero, al amparo del n.^º 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley, «por considerar que la sentencia recurrida incurrió en error de derecho por indebida aplicación del art. 401 del Código Penal». Según la parte recurrente, «el error consiste en creer que el comportamiento imputado a mi representado constituye cumplimiento del verbo típico «interesarse» del art. 401 del Código Penal».

Se refiere la parte recurrente, en el desarrollo de este motivo, a los contornos poco definidos de la figura penal aplicada, que podría atentar contra los principios de tipicidad y de legalidad; a la expresión «interesarse» (por cuanto no se sabe bien si por tal ha de entenderse «tomar parte», simplemente, o si es preciso la prosecución y obtención de un lucro o beneficio); a si, por tal, ha de entenderse el incumplimiento de todos los deberes impuestos en el orden administrativo. Recuerda luego el principio de «intervención mínima», y, finalmente, pone de manifiesto la concurrencia, en el presente caso, de las siguientes circunstancias especiales: el recurrente no es un funcionario público «stricto sensu», el proyecto en cuestión se discutió y aprobó con conocimiento de su intervención en el mismo, no se hizo por el Secretario advertencia de ilegalidad, y cuando votó el procesado el proyecto ya estaba aprobado.

El art. 401 del Código Penal, situado en el Título VII («De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»), capítulo XI («De los fraudes y exacciones ilegales»), castiga al «funcionario público que, directa o indirectamente, se interesare en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo».

Como clara y resumidamente se dice en la sentencia de 24 de septiembre de 1991, para la existencia de esta figura penal no es preciso que haya engaño, artificio, ni lesión patrimonial. Es un delito de simple actividad, no de resultado, y el dolo está en la voluntad consciente de asumir, a la vez, intervención como cargo público de la Administración y como interesado privado de la operación con aquélla. El bien jurídico que se protege es el interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial, porque lo que al legislador le importa es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizando su imparcialidad.

La sentencia de 29 de abril de 1989, por su parte, destaca que el art. 401 del C. Penal, pese a su localización bajo el epígrafe «De los fraudes y exacciones ilegales», se desmarca del significado vulgar del término fraude en su descripción tipificadora. A la hora de aplicar este tipo penal, tenemos que atenernos a sus términos estrictos, de modo que basta que el sujeto activo sea un funcionario público que interviene por razón de su cargo, y cuya intervención consiste en interesarse en cualquier contrato u operación en el que ese cargo que desempeña tenga que tomar alguna resolución; y nada más. Aquí no hay engaño ni artificio, ni perjuicio de lesión patrimonial. Por lo demás, el criterio de la norma es extensivo, como indican las expresiones «cualquier clase de contrato u operación» y «directa o indirectamente». En todo caso, el bien jurídico protegido por este precepto punitivo es desde luego el interés de la Administración Pública, pero más aún el moral que el patrimonial. Lo que importa al legislador es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver.

Como precisa la sentencia de 16 de mayo de 1990, sujeto activo de este delito lo son los funcionarios públicos, cuyo concepto se halla en el art. 119 del Código Penal.

En referencia ya al presente caso, es evidente que el procesado, en cuanto Concejal del Ayuntamiento de Albacete, tenía la consideración legal de funcionario público (vid. art. 119 C.P.). El proyecto urbanístico, cuya aprobación era competencia del Pleno de dicho Ayuntamiento, fue realizado por el propio procesado, a iniciativa del mismo —en su condición de arquitecto— y de uno de los socios de «Albain S.A.». Es patente, por tanto, que *el hoy recurrente estaba interesado en la aprobación* de dicho proyecto. Pese a ello intervino en el Pleno del Ayuntamiento de Albacete —en su condición de Concejal— y votó a favor de su aprobación, no obstante tener un interés personal en el asunto. La imparcialidad de su actividad pública pudo quedar en entredicho. Consiguentemen-

te, es preciso reconocer que, al concurrir todos los requisitos necesarios para la existencia del delito definido en el art. 401 del Código Penal, procede, sin necesidad de mayores razonamientos la desestimación de este último motivo. No parece ocioso, sin embargo, destacar que no nos encontramos aquí ante ninguna norma penal en blanco. Tanto el art. 21 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen de las Entidades Locales y el 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que imponen la obligación de abstenerse de intervenir en el procedimiento a las autoridades o funcionarios que tengan un interés personal en el asunto de que se trata, como el art. 76 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, deben desarrollar su propia eficacia en el ámbito administrativo; pero sin inferir ni, por supuesto, condicionar la eficacia de la norma penal.

Dentro de este contexto, ninguna influencia puede tener el hecho de que el voto del Concejal —hoy recurrente— haya sido, o no, decisivo para la aprobación del proyecto urbanístico de referencia.

Procede, en suma, como hechos dicho, la desestimación de este motivo.

Artículo 429.1º

Violación. Doctrina general. Conducta no tipificable

(Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992. Ponente Sr. Conde-Pumpide Ferreiro.)

UNICO.— Que comenzando, por razones metodológicas, por analizar el recurso de la acusación particular, sustentada a nombre de EVA FLORENZA RUFACH, ésta, en un único motivo alega, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de aplicación del número 1.º del artículo 429 del Código Penal, por estimar que el relato de hechos probados pone en evidencia una situación de angustia e intimidación psicológica de la menor Eva, creada deliberadamente por el acusado con el propósito de que ello iba a coadyuvar, como así fue, al doblegamiento de la voluntad de aquella para acceder a la satisfacción de sus bajos instintos, por lo que sostiene que no se prevalió el acusado de una situación de superioridad —esto es, niega el estupro de prevalimiento por el que condenó la Sala «a quo»— sino de un clima de miedo insuperable para la menor —es decir, afirma la existencia de la intimidación integradora del tipo de violación—; así como alega que se da también el empleo de fuerza física y el «animus» propio del delito previsto en el número 1.º del artículo 429 del Código Penal, por todo lo que considera concurren las premisas necesarias para llegar válidamente a una condena por este delito.

El motivo plantea un tema que es esencial en la estructura de la acción del delito de violación del número 1.º del artículo 429, que es la cometida mediante fuerza o intimidación, tema que se centra en determinar cual es el grado que han de tener una u otra para considerar que la libertad de la víctima para disponer de su sexualidad ha sido atacada hasta el extremo de verse privada de ella y sometida a un acto sexual que su voluntad no consiente. Cuestión contingente, que no puede ser resuelta en términos absolutos del empleo de una fuerza total e irresistible o de una intimidación que provenga de la conminación de males supremos e irreparables —como algún sector doctrinal pretende, apoyándose en la gravedad de la pena impuesta a la violación—, sino que una y otra han de ser valoradas en función de las circunstancias del caso concreto, carácter de la vícti-

ma y demás elementos que permitan afirmar que se vió forzada a ceder al acto sexual, que se le imponía con fuerza o con intimidación suficiente para vencer su oposición. Tesis ésta, relativista, que ha venido de tiempo siguiendo esta Sala desde las ya antiguas sentencias de 13 de enero de 1943, 10 de diciembre de 1968 y 16 de junio de 1978, hasta las más recientes de 12 de junio de 1985; 3 de noviembre de 1986 y 11 de abril de 1989. Y ello no podría ser de otra manera por cuanto los atentados a la libertad sexual constituye actos con un grave contenido de antijuricidad, que el legislador ha equiparado en la penalidad y los propios ataques al bien fundamental de la vida, cuando se menosprecia y ataca aquella libertad utilizando la fuerza bruta o una intimidación que impida a la víctima disponer libremente de su libertad, cosificando así a la persona que se convierte en un mero objeto de la satisfacción lúbrica del autor del hecho, con lo que no sólo se ataca el propio bien esencial de la libertad sino también la dignidad de la persona, razón por la que aparece más que justificada en esos casos la grave sanción que ellos señala el Código Penal.

Ahora bien, esas consideraciones que conducen a la valoración relativa de la fuerza y la intimidación en función de las circunstancias del caso concreto, no puede llegar al extremo de hacer perder de vista que la esencia del problema radica en un enfrentamiento de voluntades: la del agresor dispuesto a imponer por medios violentos e intimidatorios sus deseos sexuales y la de la víctima negándose a perder su libertad sexual y oponiéndose a aquellas pretensiones hasta donde razonablemente se le puede exigir que mantenga su negativa. Por lo que, igual que cabe exigir que la fuerza sea lo bastante intensa y mantenida como para entender que vencería cualquier resistencia opuesta en condiciones normales; así como que la intimidación sea seria y de un mal suficientemente grave como para inhibir la capacidad de resistencia de la persona amenazada (S.9 de febrero de 1989), gravedad que ha de valorarse no en términos absolutos sino en función de las circunstancias del caso y la mayor o menor pusilanimidad de la víctima; cabe también esperar que quien defienda su libertad sexual mantenga una oposición no heroica o a ultranza, pero si sería, real y que muestre claramente su negativa, de modo que no puede considerarse como un disentimiento cierto el de quien, expresando inicialmente una negativa termina admitiendo la propuesta del agente por una decisión propia y no forzada.

Precisamente la existencia de situaciones en las que la víctima no se vé privada del total ejercicio de su libertad sexual, pero si se siente coartada para ejercerla en plenitud, es lo que ha llevado al legislador a crear la figura del estupro de prevalimiento, en el que el agente se aprovecha de las circunstancias o situación en las que se desarrollan sus relaciones con la víctima, que sitúan al primero en condiciones de superioridad para imponer su voluntad y a la segunda en una posición, que sin privarla de su capacidad de negativa, si la debilitan en cierto modo. Aparece así esa clase de estupro, como ilícito que se sitúa en la zona intermedia entre el acceso carnal violador y la relación sexual consentida con plena y madura libertad.

Si examinamos, a la luz de esa doctrina, el relato histórico de la sentencia recurrida, cuyos datos esta Sala se ve obligada a aceptar en sus propios términos, dado el cauce casacional en el que se plantea este motivo de recurso, vemos que hubo una inicial proposición no violenta ni coactiva por parte del procesado, a quien Eva Florensa había acompañado por dos veces voluntariamente en su moto, proposición a la que se negó en principio Eva, «diciendo aquél que en tal caso tendría que volver a su casa andando lo que le llevaría una hora de camino, frente a diez minutos de regresar en moto, con la consiguiente regañina de sus padres», a lo que no consta que la recurrente hubiera dado

respuesta alguna ni hecho protesta o petición de que así no fuera, sino que sin solución de continuidad el relato probado pasa a decir que «tomándola por los brazos, tumbándole en el suelo» (esto es, no tumbándola o derribándola, sino tumbándose o acostándose ambos) realizando el coito ante la pasividad de la joven». Ante cuyo relato parece razonable la posición de la Sala «a quo» que considera que no se da en aquélla conminación las condiciones de intimidación sería y suficiente para forzar la libertad de la mujer —máxime si se considera que el alegado desamparo de ésta no era total, ya que el lugar estaba «parcialmente habitado» — que merezcan atribuirle el alto desvalor de antijuridicidad y la grave pena que son propios de la violación, sin perjuicio de la calificación y la condena de tales hechos que aquella Sala ha llevado a cabo, como estupro de prevalimiento, lo que hace que no quede impune la conducta de aprovechamiento de la situación por él mismo creada, que observó el procesado.

En cuanto a la alegación del empleo de fuerza que cumulativamente hace el recurrente, —en base a extremos «no debidamente acreditados» y por ello imposibles de tomar en cuenta en esta vía casacional— no existe ni en el relato histórico ni en el resultado de la investigación que la Sala recoge en los Fundamentos de Derecho de su sentencia, elementos serios para considerar que concurrió violencia física en los hechos, pues ni los miembros de la joven presentaron al ser examinada huella alguna de haberse ejercido cualquier clase de presión sobre ellos, ni se apreciaron otros signos de violencia en el cuerpo de la mujer —aparte el desgarro del himen consustancial a la existencia del coito, sea o no consentido— ni los pantalones que vestía y hubieron de serle quitados para realizar el acto, sufrieron desperfecto alguno; ni existió aquella pretendida fuerza en la realización del coito, que se llevó a cabo «ante la pasividad de la joven».

La conclusión de no haber existido en los hechos una verdadera confrontación e imposición forzada del yacimiento aparece congruente con la conducta posterior observada tanto por el procesado como por la recurrente, los que regresaron juntos a Lérida, dirigiéndose de nuevo al bar «Snopy» en el que se detuvieron momentáneamente sin apearse del vehículo para hablar con uno de sus amigos, sin que los presentes advirtieran nada anormal en el aspecto de aquella, ni «huellas del desaliento propias de un forcejeo o de una situación de agresión»; ni Eva expresara ante ellos queja alguna ni buscara su amparo (como hubiera sido lógico de haber sufrido el atropello que posteriormente se denunció), sino que continuó con el supuesto agresor reanudando la marcha hasta el domicilio de aquella, donde se separaron. Todo lo que es más propio de un comportamiento consensuado o, al menos aceptado, que de la existencia de una situación de violencia y enfrentamiento.

Razones por las que el motivo debe ser desestimado.

Artículos 429.2.^º y 6 bis a)

Violación. Oligofrenia de la víctima. Error de prohibición

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— La sentencia recurrida vino a condenar al acusado como autor de un delito de violación, con base en el artículo 429.2 del Código Penal, es decir, porque el sujeto pasivo de la infracción *se encontraba privada de razón* según la terminología

anterior a la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, o respecto de la cual *se había abusado de su enajenación*, tal y como el vigente texto penal establece.

Se trata, sin duda alguna, del supuesto o variante *más controvertido* en lo que a estas graves infracciones se refiere. Ello es así por las dudas que se suscitan ante los jueces *cuando llega la hora de analizar y estudiar las diferentes alteraciones anímicas que la persona ultrajada puede sufrir*. Ello es así, finalmente, porque la diversidad de enfermedades mentales, su evaluación y equiparación a los índices fríos y matemáticos de la denominada «edad mental», como las «*situaciones límites*» que surgen *en todos aquellos casos de perturbaciones mentales próximas a los niveles más bajos de normalidad, provocan en los jueces lagunas, imprecisiones e incertidumbres*.

Son, en suma, situaciones tan delicadas que propician frecuentemente no solo el mayor número de sentencias absolutorias en razón de las imposiciones derivadas de la «duda racional», sino también la mejor defensa de quienes propugnan una disminución en las penas a imponer por el tipo legal del Código.

Por esta modalidad delictiva se cuestiona, además, *el derecho de la mujer anormal* (en términos generales) *para hacer el amor libremente cuando se deseé*, como también el del varón para gozar del sexo con ella si la relación es aceptada voluntariamente por ambas partes, sin tener que verse inmerso en el posible juicio penal. *Problema delicadísimo en tanto que lo que decide una voluntad viciada o incompleta, será siempre una voluntad nula, que generará efectos nulos también*.

Es, más que nunca, un problema de equilibrio. *Si la mujer (habitualmente sujeto pasivo) conoce del sexo con todas sus consecuencias, hasta el punto de discernir con claridad para obrar, elegir y decidir libremente, entonces sus relaciones sexuales pueden estar enmarcadas dentro de la legalidad, quizás porque en ese supuesto no habría anormalidad alguna. Si por el contrario, aún con apariencias de normalidad física, no actúa con plenas facultades intelectivas y volitivas, si a pesar de saber del sexo, su conocimiento no deja de ser sino superficial, carece en ese caso de los presupuestos necesarios para proceder, y obrar, a pesar de que en su débil voluntad no se rechace nada en aras de una mente enfermiza, débil y sugestionable*.

Es pues en esta segunda panorámica cuando la violación se consuma si el acusado *abusa de tal enajenación*, si el acusado actúa con conocimiento de la perturbación y de la anormalidad, de la que se aprovecha. *De la que, se reitera, abusa porque influye, sugestiona, decide, se impone, engaña y humilla en el fondo, desde el momento en que se avasalla la personalidad de la que es, quiérase que no, víctima, y víctima propiciatoria precisamente*.

SEGUNDO.— La representación procesal del acusado interpone un primer motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 procedural, por indebida aplicación de los artículos 1 y 429.2 del Código Penal.

El motivo se ha de desestimar, ya que, como revela la relación fáctica (con mayor o menor fortuna en su redacción), hubo penetración vaginal (*así hay que entender la expresión sobre «la realización consumada del acto sexual»*) con una mujer enajenada, que padecía una oligofrenia de grado medio, con alteraciones de la afectividad y del pensamiento, con despersonalización y bajo nivel de conciencia, concretado en una edad mental inferior a ocho años y un coeficiente intelectual inferior al 40%, *por todo lo cual se hallaba impedida para hacer juicios abstractos sobre la realidad y para discernir el alcance de sus actos*.

El dolo penal, o conciencia de la ilicitud del acto, acompañó la conducta del recurrente en tanto que con *conciencia y con voluntad ejecutó lo que deseaba a pesar de co-*

nocer la deficiente personalidad de la mujer. A pesar de conocerla y para aprovecharse de ello.

La cuestión básica radica pues en ese conocimiento de la anormalidad, reiteradamente negado por el acusado.

Es evidente que la Audiencia tuvo que acudir necesariamente a un puro juicio de inferencia, o juicio de valor, para deducir, indirectamente, ese *saber* que el sujeto activo se cuida muy mucho de disimular, cuando no de negar. Conocimiento e intención escondido en lo más profundo del pensamiento que, salvo espontánea manifestación, sólo a través de pruebas indiciarias puede obtenerse, como aquí lo ha sido por medio de un lógico método inductivo, simple, racional y no arbitrario.

Así, *las características de la deficiencia claramente perceptible que la ofendida padece, el trato de relación y de conocimiento que los vecinos tienen entre sí, más en un minúsculo pueblo, después de muchos años de convivencia en común, conllevan al justo estado de opinión ofrecido por la sentencia impugnada.*

TERCERO.— El segundo motivo, por igual vía casacional, aduce la infracción del artículo 6 bis a) del Código Penal, por medio de cuyo alegato vuelve a insistirse en la misma cuestión del supuesto desconocimiento por parte del acusado en cuanto a la situación anómica de la violada.

En realidad se abarcan ahora las dos formas posibles de error invencible que aquí se alega. *Error en el tipo* (por afectar a un elemento esencial de la figura penal), o *error de prohibición* (creencia de obrar lícitamente), *respectivamente referidos a la tipicidad* (el hecho no constituye delito de violación porque el acusado hizo el amor con una mujer normal, *con lo que falta uno de los requisitos del artículo 429.2 del Código*) o a la *culpabilidad* (aunque el hecho fuera constitutivo de delito, no sería culpable el recurrente porque racionalmente creía obrar lícitamente ante la apariencia de normalidad mental que la víctima ofrecía).

Ya nos movamos en el error invencible o vencible, ya se trate del tipo o de la prohibición, ya fuere error de prohibición sobre la norma en sí o sobre alguna causa de justificación, ya se estime finalmente que la prueba corresponde a quien lo alegare, como reitera la doctrina tradicional de la Sala Segunda, o a la propia parte acusadora, como más recientemente se expone en aras del mejor principio acusatorio, lo cierto es que el dilema se ha de resolver a cuenta de las condiciones psicológicas y de cultura del infractor; a cuenta de sus conocimientos técnicos o vulgares, sociales, jurídicos, políticos, familiares y vecinales. A cuenta de las posibilidades que se ofrezcan para ser instruido o asesorado, o para llegar a conocer la trascendencia jurídica de su actuación (Sentencia de 13 de junio de 1990).

En esa línea justo es decir: a) que no es permisible invocar tales errores en aquellos hechos cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada, cuando manifiestamente concurra un conocimiento *ostensible de la situación que ahora se niega*; y b) que para excluir el error basta con que el sujeto activo tenga conciencia de una *alta probabilidad de antijuridicidad, cuando se perciba que lo que se hace con otra persona tiene muchos visos de ser ilícito dada la especial configuración de ésta* (Sentencia de 12 de noviembre de 1986 y 20 de noviembre de 1990).

Por todas las razones expuestas, también ha de ser desestimado este segundo motivo pues el acusado conocía la trascendencia total de su conducta, sin error de clase alguna.

Artículos 429.2º y 430

Violación. Otras agresiones sexuales. Privación de sentido. Concepto

(Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

CUARTO.— El motivo cuarto de impugnación por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce infracción del artículo 429.2º del Código Penal. El recurrente alega que el joven denunciante no se hallaba privado de razón, al no ser un enfermo mental, ni privado de sentido al conservar todas sus facultades intelectivas y volitivas como aquel mismo reconoció en el acto del juicio.

Dada la vía procesal elegida haya que partir del más absoluto respeto a los hechos probados, lo que no se verifica, ya que frente a la afirmación fáctica de la «disminución de la conciencia y capacidad de reaccionar», se expresa por el recurrente «que se encontraba en perfecto uso de sus facultades intelectivas y volitivas y no estaba privado de sentido», por lo que estima incorrectamente aplicado el número 2.º del artículo 429 del Código Penal.

La privación de razón o sentido no precisa ser absoluta, ni debida a enfermedad psíquica o estado patológico alguno. Así puede hallarse la persona dormida y aprovecharse de tal estado para realizar —tocamientos lúbricos— cfr. Sentencias Tribunal Supremo de 28 enero 1988 y 14 de julio 1986. No es preciso el empleo o aprovechamiento de una situación de privación total, ni tampoco «privar» semánticamente es término absoluto, es «dejar a alguien sin cierta cosa», en este caso de la plenitud de su conciencia. La víctima lo que afirmó en su denuncia es que «normalmente cuando recibe este tratamiento suele darle algo de sueño, pero en la sesión del día 15, este efecto fue más intenso». Y en el acto del juicio oral lo que manifestó Marco Antonio fue que «le puso una cosa nueva en la nariz», y «como si estuviera mareado notó que le tocaba el miembro viril, le vio lamerle el pene», y que «notó una somnolencia». El verbo «privar», empleado en el precepto —dice la Sentencia de 28 de marzo de 1980— ha de entenderse no como falta absoluta de razón o sentido, basta con que falte la necesaria para consentir. La expresión «privada de razón» ha de entenderse no como ausencia total de conciencia sino como perdida o inhibición de sus facultades intelectivas y volitivas en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones al menos en lo que atañe a impulsos sexuales trascendentes. Y ese estado de somnolencia de relajación de entrega y confianza en que se halla el sujeto al recibir masajes, que no eran los primeros, parece evidente que le restan facultades perceptivas no totalmente, pero si de forma transitoria y prueba de ello es que cuando advierte la anormal conducta del procesado, reacciona y pone fin a la sesión. El motivo, pues, ha de rechazarse.

QUINTO.— Por último, al amparo del mismo precepto procesal que el precedente, se formula el quinto motivo, en el que se aduce infracción del artículo 430 del Código Penal. Centra el motivo en rebatir la exigencia «ánimo libidinoso» en la acción del procesado, alegando que el mismo se limitaba a dar un masaje corporal y halla lógico que en el curso del mismo se produjeran tocamientos en las ingles y le rozara el pene. Ahora bien, esta argumentación contradice los hechos probados, pues en ellos, se indica además de esos tocamientos «llegando a lamerle el pene e introducirselo en la boca», lo que obviamente, en modo alguno puede considerarse un tocamiento «incidental» en el trans-

curso del masaje. La llamada «fellatio» es un acto de indudable intencionalidad lúbrica. La existencia en este tipo de actos de otro ánimo distinto del de satisfacer un apetito lúbrico, debería ser objeto de una prueba que lo excluyese, lo que ciertamente no ocurre en este caso. El motivo debe decaer.

Artículos 452 bis a) y d)

Proxenetismo. Tercería lucrativa. Diferencias

(Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El *primer motivo* del recurso, con sede en el artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la aplicación indebida del artículo 452 bis a) 1.^º del Código Penal y la falta de aplicación del artículo 452 bis d) 1.^º, por entender que la procesada no hacía otra cosa que actuar de simple gerente, cobrando determinadas cantidades de los clientes que acudían a su casa para realizar el acto sexual.

La distinción entre ambos tipos penales parangonados por la recurrente, ha sido establecida por la jurisprudencia de esta Sala con toda claridad: El artículo 452 bis a)-1.^º del Código Penal, destinado al proxenetismo de mayores de edad, exige «cooperar» o «proteger» la prostitución de una o varias personas, es decir, la conducta de quien, como la procesada, organiza, coordina y se lucra con el tráfico carnal de mujeres que acuden a su piso o local, por eso se llama a esta especie *prostitución localista*, en suma, además de facilitar la habitación, sirve de intermediario a las prostitutas, percibiendo parte del *preium carnis*, mientras que el tipo del artículo 452 bis d), queda reservado para sujetos de menor gravedad objetiva, denominados comúnmente de *tercería locativa* en los que se ejerce la prostitución cobrando un precio por el alquiler de las habitaciones, pero sin coordinar los tratos entre hombres y mujeres ni participar directamente en los beneficios del degradante tráfico (Sentencias 15 abril 1988 y 28 febrero 1989 entre otras).

SEGUNDO.— Aplicada dicha doctrina interpretativa al caso de autos, es visto que la Audiencia Provincial aplica correctamente el artículo 452 bis a)-1.^º del Código Penal, una vez que en su *factum* se lee que la procesada Lourdes Touriño López era titular del establecimiento denominado «Relax Mari» en determinado inmueble de Barcelona, que no se limitaba a proporcionar habitación a parejas que acudieran a realizar el acto carnal (según ampliación fáctica del *iudicium*) sino que proporcionaba además la persona de la prostituta, cobrando por cada ocupación el precio de de tres mil a cinco mil pesetas, prestando servicios en el local para el menester aludido dos mujeres y un travestí, además de los que prestaba el otro procesado (no recurrente) en concepto de vigilante, de asistencia y de recados. Se trataba por tanto de un verdadero «negocio» organizado por la procesada con local y servicios *ad hoc*, llevando ella misma el cobro rendido por aquella actividad sancionada por los Convenios Internacionales a los que España se ha adherido, como es sabido.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

TERCERO.— El *segundo motivo*, por el mismo cauce casacional postula la indebida aplicación del artículo 452 bis a) del Código Penal en relación ahora con el artículo 14 de la Constitución Española que consagra el *principio de igualdad*, pues entiende

que la conducta como la aquí sancionada se reitera en España con publicidad más o menos velada con total impunidad, lo que atenta al valor fundamental de la Justicia.

Es doctrina constitucional y de esta Sala, de todos conocida, que la posible impunidad de otros culpables no supone que en virtud del principio de igualdad haya de declararse la impunidad de otros que han participado en los mismos hechos. Cada cual responde de la propia conducta ilícita con independencia de lo que ocurra con los otros (Sentencia Tribunal Constitucional 17/84 de 17 febrero), normativa que ha sido corroborada por esta Sala que establece que la posible impunidad de personas ajenas a la litis, no supone la inculpabilidad del implicado y juzgado en la misma, sin que decaiga con ello el principio de igualdad consagrado en la Constitución Española como valor superior (artículo 1) y como derecho fundamental (artículo 14), (Sentencias 1 junio 1987, 25 septiembre 1989 y otras muchas).

El motivo, por ende, debe ser desestimado.

Artículos 430 y 452 bis b) 1.^º

Abusos deshonestos. Corrupción de menores. Diferencias

(S.T.S. de 21 de febrero de 1992. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado.)

Primero. Estampándose como hecho probado en la sentencia recurrida que el procesado llevó a su domicilio en Valencia los días 7, 14 y 21 de mayo de 1988 a dos niñas de 13 y 14 años de edad, a las que previamente había conocido, y que una vez allí, en todas las ocasiones, las hizo objeto de caricias en muslos y cuerpo después de haberlas desnudado excepción hecha de las bragas, las que le masturbaron además entregándoles 500 pesetas por ello a cada una, es claro que semejante declaración integra a no dudar dos delitos de *corrupción de menores* del artículo 452 bis b).1.^º del Código Penal de que el Ministerio Público acusa al recurrido en las presentes actuaciones y no los seis de abusos deshonestos por los que se le condena, pues si *promover* equivale a inducir, fomentar, incitar o estimular a otro a realizar actos lascivos, o lo que es lo mismo iniciar a un menor de 18 años en la práctica de comportamientos sexuales que le envíen y extravíen rompiendo el normal desarrollo de su vida sexual, resulta evidente que la conducta del procesado, aparte del abuso cometido contra la libertad en este terreno de las menores con la finalidad de satisfacer su propio instinto libidinoso, —y que quedan embbebidas en el tipo del precepto antes citado—, constituye por modo a todas luces notorio y evidente los delitos de corrupción de menores que se hizo referencia, pues, consciente de la minoría de edad de las dos niñas a las que sedujo, realizó con ellas y sobre ellas en diferentes y seguidas ocasiones prácticas sexuales diversas iniciándolas en el camino del vicio y de la depravación, lo que obliga a estimar el recurso planteado y a dictar segunda sentencia para corregir los errores de derecho cometidos en este caso por el Tribunal sentenciador.

Artículo 480

Detención ilegal. Elementos. Dimensión temporal. Modalidades comisivas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al acusado por sendos delitos de lesiones y tenencia ilícita de armas, con la concurrencia de la agravante específica de reincidencia, a la vez que le absolvía del delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 480 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal que se aquietó con la declaración condenatoria de la instancia a pesar de que en sus conclusiones definitivas optaba por el homicidio frustrado en lugar de las lesiones, ha recurrido tal resolución por lo que se refiere al pronunciamiento absolutorio en tanto que, por medio de un único motivo casacional, alega y denuncia, con base en lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley procesal, la indebida inaplicación del repetido artículo 480, definidor del delito de detención ilegal del que efectivamente fue acusado el recurrido, para el que solicitó las penas de cuatro años de prisión menor y multa de ciento cincuenta mil pesetas (150.000 pesetas).

SEGUNDO.— La naturaleza y ámbito del motivo interpuesto obliga muy especialmente al más escrupuloso respeto de los hechos contenidos en la relación fáctica de la resolución impugnada, si no se quiere incurrir en la causa de inadmisión que el artículo 884.3 de la citada Ley adjetiva previene.

Es por eso por lo que cualquier discurso jurídico respecto al hecho enjuiciado exige ahora, más que nunca, fijar aquellos condicionantes acreditados en el sentir de la sentencia recurrida en cuanto afecta a esta cuestión planteada, única también a considerar aquí.

1. El acusado, condenado anteriormente en dos ocasiones por robo con violencia (lo que no consta se conociera por los aquí intervenientes), había mantenido «relaciones sentimentales» con la supuestamente detenida, «a la que ya había hecho saber su interés por continuar dicha relación y su sentimiento de celos por si la veía con otro hombre».

2. En la noche de autos, el acusado, sobre las 23:30 horas, provisto de una pistola marca «Star», *interceptó al vehículo que conducía la referida mujer y ocupaban además su hermana y un hombre*.

3. Una vez detenido y apeado el acusado del que a su vez conducía, se dirigió a aquél, esgrimiendo la pistola, *bajándose seguidamente la joven que trató de que «cesara en su actitud amenazante», pero el culpado, tras «hacer caso omiso» y situarse «escasamente a un metro y medio» del primer vehículo, comunicó al acompañante «para que así mismo saliera del coche, y al no hacerlo éste, disparó el arma que empuñaba dirigiendo el disparo hacia abajo», con lo que además de atravesar la portezuela del turismo, le alcanzó con el proyectil, «causándole heridas en el dorso del pie izquierdo».*

4. Acto seguido, el acusado «obligó» a la repetida mujer a «subir» a su coche, «en el que la llevó por distintas calles de Barcelona, accediendo la misma a mantener una conversación con él sobre su situación y la pretensión manifestada de reanudar la relación anterior».

5. Tras avisar Josefa, que así se llama, «telefónicamente a sus padres de los motivos de su ausencia, *estuvieron en dicho vehículo hasta que, sobre las 5 horas de la madrugada del día siguiente, se separaron*».

TERCERO.— La acción del delito de detención ilegal del artículo 480 (en esencia también en lo que afecta a la infracción del 184 cometida por funcionario público) *se caracteriza porque se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar, según su libre voluntad* (Sentencia de 11 de junio de 1992).

Se ha dicho en otras ocasiones (Sentencia de 17 de octubre de 1991) la trascendencia de esta figura delictiva en el entorno de la sociedad moderna en tanto se cercena la libertad de la persona, como don más preciado después de la propia vida. Es así que uno de los bienes jurídicos consagrados en los artículos 9.2 y 17.1 de la Constitución es el derecho al libre ejercicio de la voluntad humana en la medida en que no se oponga al ejercicio que lleve a efecto otra persona o al bien común de todos.

El delito se desenvuelve, pues, cuando se procede intencionada y dolosamente, con plena conciencia, absoluta y segura, de la ilicitud del acto. Con plena conciencia, absoluta y segura, se repite, de que el acto es antijurídico en su realización y en su ejecución (Sentencia de 7 de mayo de 1990).

El acto ilícito ha de suponer, en conclusión, la privación de la capacidad de deambulación, de la libertad de circulación.

CUARTO.— La acción nuclear del tipo viene conformada por los verbos *encerrar o detener*, lo que indudablemente implica muy distintas maneras de proyectarse.

Como quiera que la concurrencia de la violencia es un factor concreto que en nada afecta a la consumación, en principio, del delito del artículo 480 que ahora se considera, es evidente que lo que verdaderamente condiciona la infracción, en orden a aquella consumación o para la estimación de una simple coacción (fuera del supuesto de la absolución), son otras cuestiones: a) definición y determinación exacta del verbo, encerrar o detener; b) proyección temporal de la irregular actividad; y c) situación anímica de la persona retenida, su voluntad y participación, colaboración en su caso, respecto de la limitación operada en cuanto a la facultad deambulatoria.

QUINTO.— 1. Encerrar y detener significan, en la línea antes expuesta, *una restricción del sujeto pasivo, un impedir el libre albedrio en su proyección física hacia el exterior de la persona. Si encerrar priva del traslado libre de un lugar a otro porque se tiene al individuo/a dentro de los límites espaciales del largo, alto y ancho, como dice el recurrente, detener en cambio produce el mismo efecto (incapacidad para la libre deambulación) aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar, se fuerza de mil maneras distintas a la inmovilidad.*

En este aspecto es indudable que *retener a una persona, forzosamente, dentro de los límites espaciales de un vehículo de motor constituye, o puede constituir, fundamento fáctico para la perfección del tipo* (así lo consideran las Sentencias de 11 de junio de 1992, antes referida, y 29 de enero de 1992, en tanto la de 20 de febrero de 1991 se refiere a todo lugar del que no le es posible salir a la víctima).

2. La permanencia temporal como requisito esencial para en este aspecto diferenciar la detención ilegal de las coacciones ha sido cuestión debatida de tiempo atrás, si bien referida sobre todo a la detención pues que *el acto de encerrar físicamente presenta ya de principio unas características inconfundibles que hablan claramente de una intención y de un propósito manifiesto.*

La jurisprudencia se inclinó tradicionalmente por entender que *el delito se consuma en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar*, sin que el mayor o menor lapso de tiempo tenga, en tal sentido, mayor trascendencia (así lo admite la ya repetida Sentencia de 11 de junio del corriente año aunque «evidentemente con cierta duración o permanencia», también la de 16 de febrero de 1988).

De otro lado (Sentencias de 9 de abril, 12 de junio y 16 de diciembre de 1986, y 3 de noviembre de 1987) otra corriente jurisprudencial insiste en ese «factor tiempo» para distinguir la detención ilegal del delito de coacciones.

Hay que acudir al examen de los hechos concretos antes de dilucidar el problema. Quiere decirse entonces que no caben quizás reglas genéricas. *Por de pronto la situación de encierro no debe ofrecer dudas para la conclusión condenatoria en cuanto a la detención ilegal.* Más incluso respecto a la simple *detención* es ya difícil señalar el límite temporal a partir del cual surge la figura delictiva (algunas sentencias señalan media hora, otra habla de tres cuartos de hora, dentro de lo que puede ser casuismo rico y variado).

De ahí las razones acertadas de una postura tradicional que, por lo que se ha visto, sigue manteniéndose. En cualquier caso el propósito del autor habrá de ser decisivo a la hora de definir la infracción. El delito es eminentemente doloso, por lo que requiere el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad deambulatoria (Sentencia de 20 de febrero de 1991). *Esa intención*, deducible en último caso de todos los factores concurrentes, sean anteriores, coetáneos o posteriores, *dará la exacta dimensión de los hechos producidos como ejecución del íntimo y perverso pensamiento del acusado.*

3. Finalmente, es la voluntad de la víctima otro factor esencialmente determinante en el delito, en cuanto que solo la retención, la detención o el encierro de la persona devendrá a la infracción si el hecho se produce y ocasiona *contra la voluntad o sin la voluntad de la misma*, bien porque se oponga terminantemente, con mayor o menor fuerza, que eso ya es algo dependiente de la idiosincrasia de cada uno, bien porque se actúe sin la voluntad, agotada tras la inicial oposición o inexistente desde el primer momento por las razones aque fueren. Cuestión también sometida al caso concreto y a la prueba que sobre tal extremo se hubiere ofrecido. Indudable es, no hay que insistir en ello, que la conducta de la víctima accediendo de buen grado, sin cortapisas alguna, sin coacción moral alguna, a lo que el sujeto activo desea o propone, enervaría la posibilidad de la consumación. Sin embargo, nada empece para la existencia del mismo, el hecho de que tras una inicial oposición, se haya manifestado después una mayor o menor complacencia de la mujer en este caso, complacencia que puede ser real y auténtica pero que también puede venir operada por el miedo, cuando no por la conveniencia de un mal menor.

SEXTO.— A la vista de todo lo expuesto procede estimar el motivo expuesto por el Fiscal pues si se parte del relato fáctico, suficientemente expresivo a este respecto, *es indudable que la víctima fue encerrada dentro de un vehículo de motor.* La víctima fue obligada a subir al mismo para, acto seguido, llevarla por distintas calles de Barcelona. *Si obligar significa imposición obligatoria, si llevar significa transportar o conducir, es evidente que la mujer contra su voluntad penetró en el vehículo de motor y contra su voluntad fue de un lugar a otro de la ciudad.* La conclusión viene reforzada por las demás circunstancias concurrentes en los hechos, destacándose, sobremodo, la violenta actitud del acusado que, pistola en mano, intercepta un coche, pretende obligar a su desocupación parcial y termina por efectuar un peligrosísimo disparo que produce heridas importantes. Ante ese panorama, de poco ha de valer que en el «factum» de la sentencia recurrida no se aclare si la mujer continuó en la compañía del sujeto activo *por su voluntad o contra su voluntad*, ya que en cualquier caso se trataría de una determinación voluntiva altamente viciada en cuanto a su espontaneidad.

Así las cosas, el problema de la duración temporal de esa privación deambulatoria no tendría ahora mayor significado, no tanto porque si el deseo del autor es eliminar la libertad, para exigir, para obligar y para, marcando la pauta de una situación, llevar forzosamente a una persona por donde aquél desea, tal aquí acontece, la detención ilegal es clara por sobrepasar los hechos la simple intimidación coactiva, *sino porque desde las once y media de la noche hasta las cinco de la mañana transcurrió un lapso de tiempo suficiente e importante, que fue más allá de la detención gramatical para incidir en el encierro físico y espacial*, aunque pudiera a partir de algún momento convertirse tal retención ilícita en una situación más o menos aceptada, siempre bajo la sospecha de una imposición que la sentencia tampoco aclara.

Artículo 480.3

Detención ilegal. Diferencias con el delito de coacciones

(Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992. Ponente Sr. Hernández Hernández.)

PRIMERO.— La Audiencia Provincial condena al recurrente, como autor responsable, criminalmente, de un delito de usurpación de funciones y otro de detención ilegal, con la concurrencia a su favor de la atenuante analógica de enajenación mental incompleta, a las penas de siete meses de prisión menor por el primero, y de siete meses de prisión menor y multa de treinta mil pesetas (sustituible caso de impago por quince días de arresto) por el segundo, accesorias y costas.

SEGUNDO.— Contra dicha resolución se alza en impugnación casacional el procesado-condenado, fundando la censura en infracción de Ley artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tres motivos, los dos primeros por aplicación indebida de los artículos 480.3 y 320 del Código Penal (número 1.^º), y el tercero por error de hecho derivado de documentos obrantes en autos (número 2.^º). Razones de método y técnica jurídica aconsejan el estudio en primer término del formulado en último lugar.

TERCERO.— Al amparo del número 2.^º del artículo 849 de la Ley adjetiva citada, por infracción de Ley y error de hecho basado en documentos obrantes en las actuaciones que, a juicio del recurrente, demuestran la equivocación del Juzgador de instancia, se articula el tercer motivo casacional, señalando como particulares el atestado policial, declaración ante la Policía de Pedro Guillen (folio 5), las declaraciones del denunciante (folios 7, 8 y 73), las declaraciones de los testigos acompañantes del denunciante, las declaraciones de Francisco Muñoz González, (folio 53), el texto de los Estatutos de la «Asociación de los Amigos del Somatén» (en cuanto se refiere a sus fines sociales), las declaraciones de Ramiro Vicente Pérez y José Cuenca Ferrer (folios 91 y 92), el informe del Médico Forense y documentos unidos en el acto del juicio oral, así como las declaraciones y peritajes efectuados en el acto de la vista.

En el desarrollo del motivo se hace constar se pone toda la documentación indicada a disposición de la Sala para que, tras su estudio, en relación con los motivos aducidos por infracción de Ley del número 1.^º del artículo 849, se aprecie el error y se dicte otra sentencia, absolutoria del recurrente por los delitos que se le atribuyen y se le condene, en su caso, por una simple falta de vejaciones o coacciones leves.

Ni de los recortes de prensa, ni de los documentos de tipo facultativo-sanitario, adjuntados por la defensa del recurrente en el acto del juicio oral por simple fotocopia, ni de la lectura del artículo 2 de los estatutos de la Asociación de antiguos miembros y adheridos del Somaten (folio 37), se deriva error cometido por el Tribunal sentenciador en la apreciación y valoración de la prueba, en cuanto se refiere o hace relación a los hechos probados, base para la calificación jurídica y encuadre de los mismos en las figuras punitivas de detención ilegal y usurpación de funciones, por los que viene condenado el recurrente. Dichos elementos, aparte de haber sido tenidos en cuenta por el Juzgador para formar su convicción en conciencia, resultan completamente ineficaces a efectos de la crítica en que se utilizan.

Las declaraciones, informes y peritajes, no son «documentos» a efectos casacionales, sino «pruebas personales documentadas» (a efectos de constancia) bajo la fe pública del Secretario Judicial, sobre las que el sentenciador ejercitó las facultades de apreciación y valoración que le Confieren los artículos 741 de la Ordenanza Procesal Penal y 117.3 de la Constitución.

Procede desestimar el motivo.

CUARTO.— La Constitución Española propugna en su artículo 1.1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, por no decir el primero (según un amplio sector doctrinal), la libertad, entendida además no en términos puramente formales, sino de realidad y efectividad, hasta el extremo que llevó al legislador constituyente a la atribución a los poderes públicos del deber de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo como prescribe su artículo 9.2 los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

El término libertad (genérica y abstracta), es multívoco pudiendo comprenderse en el concepto todo el cúmulo de atribuciones inherentes a la persona humana para su completa realización, así libertad de pensamiento, de información, de expresión y las demás (particulares y concretas) que se especifican en el Capítulo II del Título I de la propia Constitución, las que, declarándose además «fundamento del orden político y de la paz social», deben interpretarse conforme a la «Declaración Universal de Derechos Humanos» (artículo 10 del Texto Constitucional). Ciñéndonos a la forma más primaria de la libertad, libertad ambulatoria o de movimiento, es reconocida como «derecho fundamental» en el artículo 17.1 de la Carta Magna en formula idéntica a las del «convenio Europeo de Derechos Humanos» en su artículo 5.1, «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad».

La libertad de movimientos, locomotriz o ambulatoria, reconocida y afirmada constitucionalmente como «derecho fundamental» —como se acaba de decir—, viene igualmente protegida en el Ordenamiento Penal a través de diversas figuras legales, así, por medio de los delitos de rapto y sustracción de menores (en los que la norma específica desplaza a la detención ilegal como genérica), de robo violento con toma de rehenes (tipo complejo en el que el ataque a la propiedad, preferente, relega a la detención ilegal a segundo plano), de amenazas, coacciones y detención ilegal.

La sentencia de instancia condena al procesado-recurrente, como autor de un delito de detención ilegal. La impugnación centra la censura sobre dicho extremo en un primer motivo, al amparo del número 1.^º del artículo 849, por infracción de Ley y aplicación indebida del artículo 480.3 del Código Penal, doctrina y jurisprudencia que lo desarrolla, por cuanto la sentencia considera como detención ilegal un incidente que no tuvo —a juicio del recurrente— la trascendencia legal necesaria para su consideración como deli-

to, y sí, en el peor de los casos, como una falta de vejaciones o colecciones leves del artículo 585.5.^º del Código Penal.

El motivo tiene que decaer. En efecto, el hecho probado —intangible en el cauce casacional elegido— pone de manifiesto como el acusado, con el coche que conducía sigue al que lo era por el sujeto pasivo y cuando éste entra en un callejón sin salida, se cruza con el coche que portaba impidiéndole así hacer marcha atrás, entonces el acusado se dirige al mismo, se hace pasar por Comisario de Policía, le pide la documentación del vehículo y la personal, y como no llevara la última, le dice tiene que acompañarle a Comisaría y le introduce «a empujones» en un coche, dando a continuación varias vueltas por las calles de la zona y cuando han transcurrido aproximadamente unos treinta minutos, le deja en un lugar próximo al en qué se encontraba estacionado su vehículo.

En la conducta referida se aprecia nítidamente como el acusado, «particular», aunque fingiera actuar como funcionario público («sujeto activo»), impidió a otro («sujeto pasivo») el ejercicio de su derecho («fundamental») de moverse o desplazarse libremente de un lugar a otro (libertad ambulatoria como «bien jurídico protegido»), mediante la detención que efectúa de su persona, obstaculizando su marcha y compeliéndole a ir donde no le apetecía («tipo») y ello de una forma arbitraria y contra la voluntad del perjudicado («antijuricidad»), consciente de lo que hacía voluntaria e intencionalmente («dolo»), de donde resultan todos y cada uno de los requios precisos y necesarios para la apreciación y nacimiento a la vida jurídica del tipo básico de «detención ilegal» previsto en el artículo 480 del Código Penal, que se convierte en el tipo privilegiado del párrafo 3.^º de dicho precepto, dado que la detención duró unos treinta minutos y se dejó sin efecto antes de la apertura del procedimiento.

No puede mutarse el tipo de «detención ilegal» por el de, «coacciones» —según postula el recurso— y menos en su forma venial o falta, ya que es constante la doctrina de la Sala de que, en supuestos como el contemplado, aunque el bien jurídico protegido es común a las dos figuras, cuando la coacción afecta a la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, el precepto específico del artículo 480, se impone al más genérico del 496, y ello aún exigiéndose para la incardinación del hecho en el delito de detención ilegal (y no en las coacciones), una cierta proyección en el tiempo por lo que atañe al contenido genuino de la detención, ya que no cabe duda que tal requisito se cumplió en el evento examinado, si se tiene en cuenta que la privación de libertad se prolongó durante media hora aproximadamente (Cfr. SS. de 12 de junio y 16 de diciembre de 1986, y 29 de octubre de 1990, así como las que se citan en las mismas).

Artículo 487.1.^º

Abandono de familia. Doctrina general

(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1992. Ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado.)

PRIMERO.— La figura delictiva definida y sancionada en el párrafo primero del artículo 487 del Código penal se produce cuando se dejan de cumplir, pudiendo hacerse, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, bien por el abandono malicioso del domicilio conyugal, o bien a causa de una conducta desordenada.

SEGUNDO.— Todos esos elementos de la infracción que se indica concurren a la perfección en las afirmaciones de hecho de la sentencia recurrida puesto que el procesado, que era viudo pero que convivía con sus suegros en la casa de estos en compañía de la hija de dos años de edad que había tenido en su matrimonio, fue obligado por aque-llos a desalojar la vivienda por razones que no afectan al fondo de la cuestión debatida marchándose de ella, despreocupándose desde entonces de la criatura que le había naci- do a la que en ningún momento visitó y a la que sólo hizo objeto de algún esporádico regalo pero sin prestarle, en todo el tiempo transcurrido, el auxilio económico indispensable para su mantenimiento, cuidado y educación, ni tampoco la asistencia que todo pa-dre está obligado a deparar a sus hijos en orden a su formación moral y humana, deberes que en este caso dejó desatendidos el recurrente y cuya dejación por su parte constituye la conducta desordenada a que se refiere la ley conforme a constantes declaraciones de ésta Sala que entiende por tal no sólo la que atenta a las buenas costumbres o a la moral cōrrespondiente a una determinada ética religiosa o social sino también la que se opone o quebrante el buen orden que es preciso observar para cumplir las obligaciones anejas a la relación paterno filial y hacer posible la subsistencia en todos sus aspectos de aque-llos a quienes legalmente debe dispensarse la prestación, ya que desorden es todo lo contrario al orden y no cabe mayor desorden o comportamiento a quien mejor cuadre el reproche de desordenado, que el de quién, pudiendo evitarlo, deja en el más absoluto y completo desamparo a sus hijos en los campos afectivo y material, por lo que el recurso debe desestimarse por el único motivo que lo conforma y consiguientemente confirmar-se la sentencia reclamada en todos sus pronunciamientos.

Artículo 487.2.^º

Abandono de familia. Asistencia indispensable. Delito autónomo

(S.T.S. de 14 de enero de 1992. Ponente Sr. Delgado García.)

Primero. La sentencia recurrida condenó a Alfonso S.A. como autor de un delito de abandono de familia, aplicando la figura agravada del párrafo II del art. 487, referida al supuesto en que se dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento, en el presente caso, del cónyuge e hijos del procesado, imponiéndole las penas de cuatro me-ses y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pts., que es el mínimo legalmente per-mitido al respecto.

Dicho condenado recurrió en casación en base a tres motivos, todos ellos por in-fracción de ley, de los cuales sólo es necesario examinar el segundo de ellos en el que, al amparo del n.º 1.º del art. 849 de la L.E.Cr., se alega que hubo aplicación indebida del referido párrafo II del art. 487.

Segundo. Esta figura penal, *antes condebidamente una agravación de la que aparece tipificada en el párrafo I del mismo artículo, y ahora*, a partir de la entrada en vigor de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, reputada como *delito independiente*, al haberse sustituido la expresión «cuando el culpable» por la de «el que» (véase al respecto la sen-tencia de esta Sala 7 de noviembre de 1989), aparece en nuestro código como un verda-dero *delito de omisión*, porque el comportamiento que se sanciona consiste en un no hacer por parte de una persona que se encuentra obligada a observar un determinado comportamiento positivo.

En efecto, la legislación civil impone a determinadas personas, respecto de aquellas otras a las que se hallan ligadas por un concreto y próximo vínculo de parentesco, la obligación de prestar alimentos (arts. 142 y ss. del C.C.). Si tal obligación se incumple dentro de los específicos supuestos previstos expresamente en esta norma penal (línea recta y matrimonio) y ello ocurre con especial intensidad, de modo que deje de prestarse la asistencia indispensable para el sustento, entonces se incurre en la infracción criminal ahora examinada.

Ahora bien, aunque nada diga al respecto expresamente dicho párrafo II del art. 487, es necesario que en este delito concurra el elemento que aparece exigido para la infracción definida en el párrafo I del mismo artículo cuando dice *«pudiendo hacerlo»*, porque es evidente que a quien carece de capacidad económica suficiente para realizar la prestación alimenticia no se le puede exigir su cumplimiento.

Por ello ha de constar acreditada como hecho probado la realidad de tal capacidad económica para la imposición de una condena por este delito, tanto en los supuestos del párrafo I como en este otro más grave del párrafo II. Y en este punto precisamente falla la sentencia recurrida, conforme se razona a continuación.

Tercero. Tal sentencia en su relato de hechos probados nos dice que Alfonso se marchó del domicilio conyugal sin que desde tal marcha hasta la fecha del juicio (más de dos años) hubiera vuelto al mismo ni hubiera prestado la más mínima asistencia a su familia (esposa, a la que dejó embarazada, más un hijo que todavía no había cumplido dos años) «pese a haber obtenido ingresos durante tales fechas, obligando así a la esposa, que carecía de todo tipo de ingresos, a acogerse en el domicilio de sus padres, ante la imposibilidad material de autosubsistir».

Así lo expresa literalmente el Tribunal de instancia.

No dice la Audiencia qué ingresos tuvo el marido procesado durante ese período de abandono del domicilio familiar y, por tanto, no podemos conocer si pudo o no haber enviado a su esposa, para ella y para los hijos comunes, algún dinero en ese tiempo, habida cuenta de que algo necesitaría para su propio sostenimiento y que se trataba de un obrero que trabaja, al parecer, sólo de modo eventual. Examinadas las exigencias practicadas, para mejor comprender esta Sala los hechos relatados, conforme lo permite el art. 899 de la L.E.Cr., se advierte que se trata de una familia muy humilde, que residía en un pueblo de Andalucía, y que el marido se marchó a Benidorm donde trabajó como camarero sin que exista prueba del tiempo durante el cual tuvo empleo ni de aquél en que pudo estar parado, ni tampoco de lo que ganó (sólo aparecen unos documentos relativos a unos pocos meses aportados por la propia defensa del acusado).

Unicamente si se hubiera acreditado la cuantía de los ingresos que el marido tuvo durante el tiempo en que estuvo fuera del domicilio familiar, se podría haber valorado si ellos eran o no suficientes de modo que hubieran servido para su propio mantenimiento y para el de su familia (aunque sólo hubiera podido colaborar en parte al mantenimiento de ésta); pero, al desconocerse tan importante dato es claro que no cabe afirmar que le fuera exigible al procesado el haber enviado dinero a su familia.

Así pues, del relato de hechos que la Audiencia Provincial nos ofrece no se deduce la concurrencia de este requisito esencial para este delito del art. 487, párrafo II, lo que obliga a entender que esta norma penal fue indebidamente aplicada en la sentencia recurrida conforme denunció el condenado en el motivo segundo de su recurso que, por tanto, ha de ser estimado, y ello excusa del examen de los otros dos que fueron formulados.

Artículo 489 bis (ahora 489 ter)*Omisión del deber de socorro. Doctrina general. Elementos*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— El único motivo del recurso del condenado, apoyado por el Ministerio Fiscal que en la instancia solicitó en este sentido la absolución, se funda en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 489 bis del Código Penal que tipifica el delito de omisión de socorro.

En este caso el acusado «se dio rápidamente a la fuga abandonando el lugar y al herido al que se habían acercado diversas personas que pasaban por el lugar», «reanudó la marcha huyendo del lugar cuando ya otros ayudaban y asistían al herido», «...al herido podían prestar y de hecho prestaron asistencia los transeúntes que se encontraban en el lugar del accidente». Lo transcrita son expresiones tomadas del relato histórico de la sentencia impugnada y se sus fundamentos de derecho con valor de hecho probado o de inferencia.

SEGUNDO.— Este precepto trae origen de las leyes de 9 de mayo de 1950 y 24 de diciembre de 1962 y fue introducido en el Código Penal, con su redacción actual, por Ley de 8 de abril de 1967.

No es, pues, irrazonable ni sorprendente el cambio de posturas a los largo de su existencia en orden a la interpretación de la norma. La jurisprudencia no ha sido tampoco, en este sentido, unánime.

El tema básico consiste en determinar si para la existencia del delito basta con la mera fuga del lugar del accidente o es también necesario el peligro manifiesto y grave y el desamparo de la víctima ocasionado por el accidente.

Las consecuencias son muy distintas según el criterio que se adopte. Si se exige desamparo no habrá delito si la víctima está muerta, aunque desde un punto de vista más amplio pudiera ser más solidario que el autor del accidente se quedara en el lugar del mismo para responder del hecho en los términos que en cada caso fueran procedentes. Y lo mismo sucede si la víctima está ya atendida (no si, potencialmente, pudiera estarlo por el concurso de otras gentes que, aun estando presentes, todavía no han prestado ayuda). En este sentido, si el que ha producido el accidente es una persona que conduce un ciclomotor y quien está prestando efectivamente la ayuda es un automovilista, obviamente la ayuda eficaz la puede prestar éste y no aquél.

El Derecho penal no debe extender las conductas subsumibles en su campo más allá de lo necesario, en razón al esencial principio de mínima intervención. El deber de socorro, en general, viene fundamentado en la idea de solidaridad humana y, en el precepto que examinamos, en el hecho concreto de constituirse el causante del accidente en garante de la vida e integridad de la víctima. Cuando esta garantía está ya plenamente satisfecha por otros, no puede haber delito.

La sentencia, muy expresiva, dice, como ya se recordó, que el acusado reanudó la marcha cuando ya otros ayudaban y asistían al herido, al que podían prestar y prestaban asistencia.

En la compleja y difícil tarea de subsumir comportamientos en los correspondientes tipos y subtipos penales, no siempre es fácil descubrir, como ya se dijo, una trayectoria rectilínea de interpretación de la norma. Sentencias de esta Sala, como la de 23 de

marzo de 1988, rechazan que el deber de socorro desaparezca por el hecho de estar otras personas próximas al lugar porque, dicen, ninguna de ellas estaría individualmente obligada toda vez que cada uno podría invocar que él no estaba obligado porque había otros presentes; la de 26 de septiembre de 1990 destaca que el delito existe aunque se pudieran encontrar otras personas (que no consta que efectivamente estuvieran). La de 24 de noviembre de 1990 estima que hay delito aunque en el lugar del accidente hubiera otro automóvil cuyo conductor potencialmente podía prestar auxilio al herido, pues tal presencia no suponía, o por lo menos no parece comprobado, que supusiera un efectivo y total auxilio a la víctima que hiciera ineficaz la actuación del acusado. En parecidos términos las sentencias de 20 de mayo de 1990, 6 de octubre de 1989 y otras muchas.

Otras resoluciones de igual naturaleza, así las de 27 de marzo de 1989, 24 de octubre de 1990 y varias anteriores, discurren por otros caminos que no son, si se examinan con detenimiento, opuestos. Sólo cuando conste de manera clara que el auxilio no es hacedero porque la víctima ha fallecido, o porque otras personas con medios eficaces están ya prestando el auxilio requerido, no habrá delito.

Este es el supuesto que ahora se enjuicia, debiendo dictarse otra sentencia absolutoria ajustada a Derecho, de acuerdo con los argumentos precedentes.

Artículos 493.2.^º y 585.3.^º

Amenazas. Gravedad. Consumación

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El recurso del Ministerio FISCAL en su *primer motivo*, amparado en el artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la infracción por aplicación indebida del artículo 585-3.^º del Código Penal, y por falta de aplicación del artículo 423.2.^º del mismo Código, es decir, que impugna la consideración de los hechos probados como una falta de amenazas, siendo así que, a su juicio, merecen la estimación de un delito de amenazas por haberse cominado un mal grave sin que la amenaza fuere condicional.

SEGUNDO.— El alegato del Fiscal considera que es inesquivable la consideración delictiva del mal cominado por el acusado, al apuntar con su pistola reglamentaria contra las personas ocupantes de la furgoneta que colisionó ligeramente con el automóvil que conducía el culpable, si bien por no haber quitado éste el seguro de aleta de la pistola no salió el disparo aunque se oyó el chasquido metálico de aquella percusión frustrada por el seguro. Y como los así cominados no dieran muestras de amedrentamiento el acusado realizó dos disparos (lo que implica que ahora quitó el seguro) sobre las puertas traseras de la furgoneta, en las que produjo sendos orificios de bala, cuya reparación ha sido tasada en 20.160 pesetas.

Hasta este punto la conformidad de la acusación pública con la sentencia recurrida es completa: Hubo cominación de un mal grave contra las personas amenazadas (ya en su vida, ya en su integridad física), por cuanto pertender disparar un arma contra una o varias personas, apuntando en dirección a ellas, es un mal grave constitutivo de delito y no de falta. Esto acarrea que quede apartado el artículo 94 del Código Penal que se refiere al mal cominado constitutivo de una falta (sentencia 18 septiembre 1986).

El punto de divergencia entre una y otra tesis está en que la sentencia califica los hechos como falta de amenazas del artículo 585.3.^º del Código Penal (en su redacción anterior a la reforma de la Ley 3/89, de 21 de junio, más favorable) por entender que el imputado no persistió en la idea que significaba con su amenaza, única circunstancia que diferencia la falta del delito. Tal cosa la deduce el texto *à quo* del hecho probado de que el acusado se ausentó rápidamente del lugar en que se cometió el delito, citando al respecto la sentencia de 7 de abril de 1982.

Sin embargo tal circunstancia nos lleva, en el caso de autos, muy distinto al de la citada sentencia de 1982, a cerciorarnos de si al ausentarse el imputado, el delito de amenazas estaba ya consumado jurídicamente.

Ello nos conduce a realizar una rápida disgresión sobre la naturaleza jurídica del delito de amenazas. Este no es otro que un ataque a la seguridad y libertad de las personas a tenor de la rúbrica legal bajo la que está enclavado. Como tal, es un delito de *simple actividad*, de expresión, en el que la manifestación de voluntad y el resultado suelen coincidir en el tiempo, aunque ambos momentos pueden quedar escindidos en algún caso (amenazas par carta). Desde otro punto de vista la amenaza es un delito de peligro: ¿abstracto o correcto? Hemos llegado al *punctum priuiriens* de la cuestión. Es cierto que basta la *idoneidad general* de la amenaza para intimidar al amenazado, lo que permite la incriminación de las amenazas simples, pero no es menos cierto que el peligro abstracto no excluye el peligro concreto añadido, a la susceptibilidad a *aptitud in genere* de la amenaza. Otra posición llevaría a la disolución del delito de amenazas, al considerar las amenazas simples como una infracción policial, contravencional, y las condicionales como integrantes del delito de coacciones. Esta posición adoptada por algún sector doctrinal no es la que predomina entre nosotros, ni, por supuesto, la acogida por la jurisprudencia, para la que nuestro delito es de simple actividad y consumado con la llegada del anuncio conminativo a su destinatario, con apariencia de serenidad y firmeza, pero sin la exigencia de que se haya producido perturbación anímica perseguida por el autor (sentencia 23 mayo 1989 y las que en ella se citan).

De acuerdo con lo expuesto se deduce sin lugar a duda el momento consumativo del delito, ligado al conocimiento de la amenaza por el sujeto pasivo, haya producido o no en él algún tipo de amedrentamiento, bastando la susceptibilidad general de la amenaza para producir tal alteración anímica.

Trasladada la cuestión al caso de autos, vemos que encanponar o apuntar con una pistola a las personas de autos, cuyo disparo no llega a producirse por no haber quitado el seguro el agente, quien ratifica su voluntad real de disparar al hacerlo sobre el vehículo de aquellas, denota una gravedad de la amenaza susceptible de intimidar a cualquier sujeto. Mas aun, en el supuesto de autos, la amenaza producida está rozando su categoría de condicional cuando no inmersa totalmente en ella desde el momento en que la conminación del mal se relaciona con la anterior discusión para que el luego amenazado acepte la inclusión de mayores daños materiales en el seguro de su vehículo, de modo que al negarse a tal aceptación surge la amenaza. Si no se acepta tal conclusión es para no extravasar los límites de la acusación que, como hemos dicho, tanto en instancia como en casación, excluyó la amenaza condicional al incluirla en el artículo 493.2.^º del Código Penal.

En consecuencia, cuando se ausenta el acusado después de proferidas sus amenazas, hasta el punto de que parte de ellas llegaron a efectuarse como daño patrimonial, siquiera éste, por su cuantía hubiera de considerarse como simple falta, lo cierto es, decimos, que la ausencia del acusado tiene lugar cuando el delito de amenazas ya se ha

consumado jurídicamente e incluso agotado al remachar el procesado su conducta con los dos disparos dirigidos al vehículo de sus oponentes, tal como arguye el Ministerio en este motivo del recurso que, por lo mismo, debe ser estimado con la consiguiente casación de la sentencia provincial.

Artículo 499 bis 2.^º

Delito contra la libertad y seguridad en el trabajo

(S.T.S. de 10 de abril de 1992. Ponente Sr. Puerta Luis)

Tercero. El motivo segundo, ha sido deducido por la vía del n.º 1.^º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y denuncia «infracción de ley», en relación con el artículo 499 bis 2.^º del Código Penal, por el que ha sido condenado el recurrente».

Destaca la parte recurrente el carácter eminentemente «doloso» de esta figura delictiva, «debiendo de obrar necesariamente el agente en “forma maliciosa”, excluyéndose así la modalidad culposa»; añadiendo seguidamente que «estos delitos... constituyen también una infracción de resultado pues, para su consumación, es necesario o indispensable que se haya conseguido abolir o menoscabar, suprimir o limitar “los beneficios legales reconocidas a los trabajadores”». Y concluye, «sin existir malicia y según la doctrina del Tribunal al que tengo el honor de dirigirme no se configuran los elementos del tipo del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo y por tanto procede en consecuencia dictar una sentencia por la que se absuelva libremente al recurrente».

Como recuerda la sentencia de 1 de febrero de 1989, la infracción descrita en el n.º 2.^º del artículo 499 bis del Código Penal constituye un *delito de resultado*, en cuanto exige la producción del perjuicio para el trabajador previsto en el precepto, *más no es menester que el perjuicio se traduzca de inmediato en uno de naturaleza económica, sino que basta que el daño de dicha especie sea potencial y de futuro para que se produzca la perfección del delito*. Por lo demás, el elemento «objetivo» del delito está constituido por la acción descrita en el mismo; y el elemento «subjetivo» exige que la conducta descrita sea «maliciosa», lo que comporta el dolo y descarta la culpa, e implica por tanto «maquinación o acechanza artificiosa tendente a lograr un fraude de ley, dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es».

El relato fáctico de la sentencia pone de relieve la concurrencia de todos los elementos precisos para la estimación del delito del art. 499 bis n.º 2.^º del Código Penal. En efecto, el procesado dirigía la empresa TELISA «unipersonalmente y con amplísimas facultades». La empleada Pilar C.S. «había ingresado en la empresa el 4 de marzo de 1981, mediante contrato verbal, y como tal de duración indefinida». El hoy recurrente pretendió dar por finalizada la relación laboral el 4 de marzo de 1983, y la empleada formuló demanda de despido ante la Magistratura de Trabajo, presentándose en dicho procedimiento por la representación de la empresa un contrato «falso», en el que se hacía constar tal fecha de terminación del mismo, y en el que figuraba «imitada la firma de la trabajadora», sin que la firma correspondiente a la «empresa» coincidiera con la de Ignacio S.

Como pone de manifiesto en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, la propia defensa del hoy recurrente reconoció la falsedad del documento (aunque refiriéndola a la firma puesta por el representante de la empresa), y, según de-

clararon otras trabajadoras de la empresa, tampoco ellas firmaron contratos de trabajo, sino que fueron admitidas verbalmente.

La falsedad del contrato presentado era patente, e igualmente el conocimiento de ello por parte del hoy recurrente, que ello no obstante lo presentó en la Magistratura de Trabajo (Ignacio S. era quien dirigía la empresa «unilateralmente y con amplísimas facultades», y fue quien comunicó a la empleada la finalización de su relación laboral —v. último párrafo del art. 499 bis del C.P.). *El perjuicio para la trabajadora era igualmente patente: al haber sido contratada verbalmente, tenía derecho a una relación laboral «de duración indefinida»*, que, mediante la presentación del contrato laboral falso, se pretendía dar por finalizada el 4 de marzo de 1983. El n.º 2.º del art. 499 bis del C.P. habla expresamente de suprimir o restringir «los beneficios de la estabilidad en el empleo». Esto fue lo que, con su conducta pretendió el acusado. Procede, en suma, la desestimación de este motivo.

Artículo 504.3.º

Robo con fuerza en las cosas. Hurto. Ciclomotor. Rotura de cadena

(S.T.S. de 21 de mayo de 1992. Ponente Sr. Montero Fernández-Cid.)

Primero. El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se inicia con un motivo por infracción de ley procesalmente residenciado en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que alega la vulneración, por aplicación indebida de los artículos 500, 504.3.º y 505, párrafo primero, inciso primero, del Código Penal y, por aplicación indebida, del artículo 587.1º del referido cuerpo legal sustantivo. Se funda el motivo en que el relato histórico de la sentencia ahora sometida a recurso establece de manera inatacable, en aplicación de la norma contenida en el artículo 884.3.º de la expresada Ley procesal, que el apoderamiento de la motocicleta marca Vespa se produjo «violentando una cadena de candado que la protegía» y de ello trata de deducir la precisión de incardinlar los hechos en la figura típica del robo con fuerza en las cosas y no en la del hurto. El motivo ha de ser desestimado. Rompiendo con una doctrina reiterada de esta Sala sentada precedentemente, las recientes SS de 30 de noviembre de 1990, 17 de diciembre de 1991 y 18 de enero de 1992 han venido estableciendo —y ello ahora se ratifica— que para que la fuerza en las cosas definida en el artículo 504 del Código Penal pueda ser estimada como típica a los necesarios efectos del principio de legalidad y de interdicción de la interpretación extensiva de las normas sancionadoras establecidos en los artículos 25 y 9.3 de la Constitución es preciso que la fuerza se ejerza no «*in re*», sino «*ad rem*», es decir, no sobre la cosa misma, sino para el acceso a la misma. Se ha hecho referencia así en tales resoluciones a la precisión de distinguir en el análisis del artículo 504 del Código entre un «*objeto-continente*» y un «*objeto-contenido*», que es el que ha de ser objeto del apoderamiento. En efecto, no toda fuerza instrumental para lograr éste es típica en el sentido de la norma indicada y así no lo son los distintos supuestos en que aquélla se ejerce sobre la cosa misma: arrancamiento de espejos retrovisores de vehículos o de faros de los mismos; desprendimiento de una estatua de su pedestal al que se hallaba adherida por obra de albañilería, etc. *Lo decisivo en la configuración del precepto citado es la existencia de los dos objetos*, lo decisivo es que los impedimentos puestos por el propietario provengan de la guarda del objeto de la sustracción en otro diferente.

Entender lo contrario sería vulnerar el principio de taxatividad de la descripción de los tipos penales que es consecuencia necesaria del principio de legalidad.

Artículo 504.3.^a, in fine.

Sustracción de objetos cerrados. Intención de fractura ulterior. Consumación

(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1992. Ponente Sr. Moyna Ménguez.)

PRIMERO.— El Código Penal junto a las hipótesis clásicas de fractura externa e interna en el robo con fuerza, introdujo, a partir del Código de 1870 y con procedencia del Código francés, una figura que sale, en principio, de las tipicidades del robo al faltar la fuerza como medio comisivo, pero que se incluye dentro del mismo por la abstracta finalidad o propósito de futuro que inspira al sujeto: la de fracturar o violentar los objetos substraídos fuera del lugar del robo para apropiarse de su contenido; la figura prevista en el segundo inciso del artículo 504.3.^º del Código constituye una derogación parcial de la específica figura del robo con fuerza en las cosas extendiendo ésta a los casos de fractura llevada a cabo fuera del local donde fueron substraídos, y una de sus singulares características es la de la consumación por «amotio», es decir desde que se pone el objeto cerrado fuera del lugar, siempre que esté acreditado el propósito de fractura ulterior. La jurisprudencia de esta Sala, que tiene su primer precedente en la sentencia de 16 de febrero de 1903 y expresión más reciente en las de 20 de febrero de 1979, 12 de julio de 1985 y 17 de junio de 1986, considera este delito de consumación subjetiva anticipada, o, si se prefiere, de resultado cortado, como lo denota la partícula «para» inserta en la descripción típica, de tal modo que la fuerza no es coetánea a la sustracción sino que, en perspectiva finalista, basta que se proyecte ejecutarla fuera del lugar del robo.

Aplicad esta concisa disgresión interpretativa del precepto al relato resulta patente que se ajusta perfectamente al supuesto de hecho de la norma penal: al depositar los acusados y recurrentes, trabajadores de una sala de bingo de Orihuela, la recaudación en el cajero automático de una Caja de Ahorros de la localidad advirtieron que en su interior, por un posible fallo del mecanismo de admisión, se hallaba una bolsa de plástico cerrada con cremallera y candado, similar a las entregadas por dicha Entidad a los usuarios de dicho servicio; se apoderaron de ella, trasladándose a Alicante y, en el domicilio de la acusada, un tercero, que era precisamente su novio, forzó el candado y se repartieron el contenido de pesetas 1.770.000. El recurso que discurre por la vía del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega la aplicación indebida del artículo 504.3.^º del Código expresando que el apoderamiento debe producirse siempre mediante el empleo de fuerza, y niega su existencia en el momento de la consumación, sin que la conducta posterior desvirtúe el dolo inicial que solamente debe referirse a la sustracción del bolso, debiendo responder de la fractura el tercero que la realizó materialmente y que fue condenado como receptor.

En primer término, el dolo no puede restringirse a la simple sustracción del bolso porque es patente que los acusados conocían, por el lugar en que se hallaba y por sus características, cuál era su contenido; la intervención del tercero, novio de la acusada y en su domicilio, lo fue por acuerdo e inducción de los recurrentes, como confirma el hecho de que seguidamente hacen reparto equitativo del dinero, y el momento consumativo del

delito enjuiciado no suscita cuestión alguna a la luz de la jurisprudencia arriba calenda-
da porque la sustracción con propósito de fractura ulterior es insoslayable, y la fractura
y disposición de lo substraído, que también han existido, agotaron el delito en todas sus
consecuencias; y aquel momento consumativo, vinculado a la sustracción del bolso, ex-
plica la condena por recepción del acusado no recurrente.

También cita el recurso la infracción del artículo 506.8.^º del Código, aunque sin
desarrollo argutivo alguno, posible por que son conscientes los recurrentes de que la su-
straída excede notoriamente del módulo que viene estableciendo esta Sala al inter-
pretar el concepto jurídico indeterminado de «especial gravedad, atendiendo al valor de
los objetos robados».

Procede la desestimación del recurso.

Artículo 506.2.^º

Robo en casa habitada. Pluralidad de moradas

(Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1992. Ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.)

PRIMERO.— En un único motivo conforma el Ministerio Fiscal su recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con el n.^º 220 de 1989, de 3 de octubre, porque, entre otros pronunciamientos, condena a los procesados Olegario Conchado Jiménez y Jesús Gabari Jiménez, como autores de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, concurriendo en el segundo la circunstancia atenuante de menor de dieciocho años, respectivamente a las penas de un año de prisión menor y de tres meses de arresto mayor.

Al amparo del n.^º 1.^º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia el motivo, infracción de Ley, por inaplicación del n.^º 2.^º del art. 506 del Código Penal, respecto al delito de robo y con relación a los mencionados procesados, habida cuenta que los hechos probados describen los robos cometidos en los chalets de temporada, propiedad de José Luis Magdalena Curros y de Marcelino Fernández Alvarez, precisándose en el *factum*, que en el primero se aprovecharon de que la familia estuviera fuera por asistir a la misa.

De tal relato deduce el Fiscal que los robos se cometieron en casa habitada y que debió ser aplicado el n.^º 2.^º del art. 506 del Código Penal, con las consecuencias en orden a la sanción conforme a los dispuesto en el párrafo segundo del art. 505 del mismo cuerpo legal.

SEGUNDO.— La agravación específica del delito de robo con fuerza en las cosas de verificarse en casa habitada o alguna de sus dependencias (art. 506.2.^º) es de gran abolengo en nuestro Derecho Penal, ya que desde el texto de 1848 se contemplaba como modalidad más grave el robo en iglesia o en lugar habitado —art. 421— y ello se mantuvo en la reforma de 1850 —art. 431— persistiendo en el Código de 1870, que no sólo conservó tal agravación —art. 521— sino dio incluso una interpretación auténtica y contextual en el art. 523, y también se recogió en el de 1928 en su art. 696, y en el texto penal republicano que volvió al sistema de 1870, al contener la figura agravada en el art.

497 y la definición de casa habitada y sus dependencias en el art. 499, pasando tal sistema al texto penal de 1944 y manteniéndose en todas las reformas posteriores.

El fundamento de tal agravación se encuentra en la inviolabilidad del domicilio ajeno y en la mayor peligrosidad que surge con el eventual enfrentamiento entre los moradores y los extraños, así proyectada la acción delictiva como robo con fuerza en las cosas puede degenerar fácilmente en robo con violencia e intimidación en las personas, en una progresión criminal que añade a los elementos subrepticios y a la fuerza en las cosas las agresiones y ataques personales —sentencias de 2 de julio de 1962, 25 de marzo de 1968, 10 de noviembre de 1981, 15 de julio de 1982, 3 y 17 de octubre de 1983, 3 de febrero, 22 de octubre, 16 de noviembre y 28 de diciembre de 1984, 5 y 24 de noviembre de 1986, 6, 20 y 23 de abril, 13 de mayo y 13 de julio de 1987, 9 de febrero, 11 de mayo y 5 de julio de 1988, 9 de octubre de 1989, 25 de febrero y 28 de diciembre de 1991—.

Por lo demás, la doctrina de esta Sala ha entendido por casa habitada no sólo la que esté real y permanentemente ocupada por una persona o familia que en ella vive, sino la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas o inciertas —sentencias de 21 de diciembre de 1982, 29 de marzo y 19 de mayo de 1986— si bien la doctrina jurisprudencial excluyó la agravación en los supuestos de hallarse «habitualmente» deshabitada la vivienda —sentencia de 13 de octubre de 1977— ha mantenido que siendo su destino el hogar familiar (aunque lo sea sólo en épocas determinadas) pueden estar sus moradores «accidentalmente» ausentes —sentencias de 11 de mayo de 1984, 11 de marzo y 19 de mayo de 1986, 26 de marzo, 11 de mayo y 6 de octubre de 1988—. El concepto de comisión del robo en casa habitada se objetiviza, prescindiendo del conocimiento que tenga el reo de que no esté habitada en aquel momento —sentencias de 6 de febrero, 29 de abril, 18 de mayo y 21 de octubre 1985— ya que la objetivización de la circunstancia viene dada de diversas direcciones. En primer lugar, la propia norma, al expresar literalmente que «se verifique en...» sin añadir requisito alguno. En segundo lugar, la jurisprudencia la viene objetivando al no exigir en el agente que conozca que esté habitada o incluso aunque se asegure que no hay moradores en la ocasión del robo —sentencias de 20 de junio y 6 de octubre de 1988—.

Una persona puede tener más de una morada, incluso en distintas ciudades, siempre que sirvan de habitación y con la posibilidad de presentarse en cualquier momento sus titulares —sentencias de 28 de septiembre y 29 de octubre de 1987, 13 de febrero, 21 de abril, 4 y 14 de julio de 1989, 1 de marzo de 1990 y 8 y 22 de julio de 1991—.

Concurre la agravante en el robo en un chalet, propiedad de la víctima, quien lo habitaba por aquellas fechas, aunque fuera cometido durante una ausencia momentánea del morador —sentencia de 15 de julio de 1983—, pues la circunstancia de no encontrarse en su casa en el momento del robo, no enerva los efectos de la agravante —sentencias de 25 de abril y 11 de mayo de 1984—.

Siendo asimismo irrelevante que los autores del delito se cercioren con anterioridad a sus acciones de robo, de que haya alguien en sus domicilios —sentencia de 4 de marzo de 1981 y 12 de marzo de 1982— porque, difícilmente podrá adquirirse certeza absoluta, porque no puede conjeturarse el riesgo de un inopinado regreso de los moradores y por último, porque ello no elimina la vertiente de menosprecio, irreverencia y profanación del hogar ajeno —sentencias de 23 de enero, 11 de marzo y 19 de diciembre de 1986, 3 de marzo, 28 de septiembre, 29 de octubre y 26 de diciembre de 1987, 3 de marzo de 1989, 25 de febrero y 15 de marzo de 1991— porque resulta totalmente irrelevante que los moradores no se encuentren accidentalmente en la casa —sentencia de 8 de julio de 1982—.

TERCERO.— Describiéndose en el hecho probado de la sentencia impugnada que los procesados, tras romper el cristal de la ventana de la cocina, accediendo a través de ella al interior de la casa chalet de temporada, aprovechando que dicha familia había ido a misa, se está proclamando que el ataque a la propiedad se ha cometido en casa habitada, cuya definición legal se recoge en el art. 508 del Código Penal y que alcanza a dicho concepto «aunque se encuentren ausentes de ella (los moradores) cuando el robo tuviere lugar». Robo en casa habitada que se patentiza con la descripción de objetos apoderados que el *factum* describe.

Que asimismo en el robo cometido otro día posterior, se hace referencia a un chalet de temporada, en el que se apoderaron de platos, cubiertos y ropa de hombre y mujer. Concurre asimismo la referida y específica agravación de comisión del delito en casa habitada o sus dependencias —art. 506,2 del Código Penal— a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta en el precedente fundamento jurídico de esta resolución y que se da aquí y ahora por reproducida para evitar innecesarias repeticiones.

Por tanto, el órgano *a quo*, al no apreciar dicha agravación ha conculado por inaplicación dicho precepto y procede por ello acoger el motivo y recurso del Ministerio Fiscal.

Artículo 510.2.^º

Llave falsa. Recepcionista. Hurto

(Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1992. Ponente Sr. Barbero Santos.)

PRIMERO.— 1.— El motivo primero, por infracción de Ley y apoyo en el n.º 1.º del art. 849 de la LECriminal, al haber cometido la Sentencia error de Derecho al aplicar indebidamente los artículos 500, 504, 4.^a, 510,2.^a y 505 del Código Penal y no hacerlo de los arts. 514 y 515 del mismo Cuerpo legal.

De acuerdo con el recurrente, no se realizó acto de fuerza alguno en las cosas, ya que no se empleó para la apertura de la habitación ganzúa u otro instrumento semejante, sino la llave original y destinada habitualmente, tanto por el huésped como por el servicio del hotel, a la apertura de la puerta de la habitación, por lo que dicha llave legítima solamente podría reputarse como falsa en el supuesto de haber sido sustraída al propietario.

2.— Para el cumplimiento de los fines propios del Derecho penal, el Legislador hace una enumeración de llaves falsas que abraza, incluso, a la llave legítima siempre que haya sido sustraída al propietario. Y esta Sala se ha ocupado de la cuestión en Sentencias múltiples, algunas muy recientes (v.gr. de 15 de julio de 1988, 6 de marzo, 3 de julio, 15 de septiembre y 23 de diciembre de 1989) perfilando, a través de ellas, un concepto preciso de llave falsa, en particular de la considerada tal por el n.º 2 del art. 510, es decir, de la llave legítima sustraída al propietario. Y estima que hay que considerar como «sustraída» la llave legítima que llega a poder del agente por robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en definitiva, por un medio que constituya infracción penal. Con carácter más general en alguna de las Sentencias citadas se afirma que lo que caracteriza el concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización. Ese es el límite que no es dable traspasar, si no es a costa de interpretar ex-

tensivamente el precepto. En el caso a examen es obvio que el recepcionista del hotel estaba autorizado para usar la llave que poseía, aunque es cierto que no en el sentido en que la utilizó. Y que no llegó a su poder por un medio que constituyese infracción penal.

El Ministerio Fiscal en su brillante informe sostiene que el uso por el recepcionista de la llave podría encuadrarse en la apropiación indebida. Pero precisamente este delito se caracteriza porque el bien mueble no se sustraerá al poseedor, y el art. 510,2 del Código penal requiere que la llave se sustraiga, por lo que no tiene en él cabida. El uso disconforme con la finalidad para la que se entrega al recepcionista la llave integra, por el contrario, de forma clara el abuso de confianza en su utilización previsto por el art. 10,9 del Código Penal, como se estimó en la instancia. Pero de ello se trata en el motivo siguiente.

El motivo se ha de estimar.

SEGUNDO.— También por infracción de Ley, y con el mismo apoyo procesal, por violación de la circunstancia 9.^a del art. 10 del Código Penal, ya que de un mismo hecho no se pueden derivar dos circunstancias agravantes, con vulneración del art. 59,2 del Código Penal.

La estimación del motivo precedente, que lleva a la conversión del robo en hurto, hace perder a este motivo su fundamento. Al no constituir la utilización de la llave por el recepcionista la conducta de sustracción de la misma, el abuso de confianza no opera dos veces como agravante. Sólo una: del hurto.

El motivo no puede prosperar.

Llaves falsas. Tarjetas de crédito con banda magnética. Sustracción

(Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1992. Ponente Sr. De Vega Ruiz.)

PRIMERO.— El único motivo del recurso hace referencia a una cuestión jurídica interesante y, hasta cierto punto, controvertida. La sentencia condenó por delito de robo con base a los artículos 500 y 504.4 del Código Penal, como consecuencia de unas sustracciones de dinero, en cuantía superior a 30.000 pesetas, consumadas y obtenidas mediante la *utilización de una tarjeta de crédito, con banda magnética, de las usadas en los cajeros automáticos de las entidades bancarias*. El motivo viene estructurado, por la infracción de Ley del artículo 849.1 de la norma procesal penal, por estimar indebidamente aplicado los artículos 500, 504.4 y 505, con inaplicación indebida entonces de los artículos 514 y 515.1, todos de la misma Ley penal citada al principio.

SEGUNDO.— Se trae a colación la diferencia entre los delitos de robo y hurto en aquellos casos en los que del empleo de llaves falsas, o similares, se trata.

Ahora se cuestiona la *definición, la naturaleza y las características de las tarjetas de crédito* que, al amparo del progreso y de la evolución que la sociedad de consumo impone, proliferan habitualmente como medio normal, y adecuado, en el desenvolvimiento de la vida ciudadana.

Lo de menos será el encaje técnico de tales tarjetas para constituir el robo con fuerza en las cosas. Lo de menos porque en cualquier caso estarán comprendidas en el artículo 504.4 del Código. *Ya como llaves falsas propiamente dichas, huyendo de interpretaciones extensivas prohibidas en el Código Penal pero también acudiendo a la significación total y completa que la llave, como concepto gramatical, merece*. Ya sea como «instru-

mento semejante», en expresión abierta que el precepto referido establece para acoger, en «*numerus apertus*», los supuestos análogos.

La palabra llave designa generalmente un instrumento metálico, no necesariamente, que se introduce en la cerradura de las puertas para abrir las puertas o cerrarlas. Es esa funcionalidad lo que constituye la esencia de lo que se entiende como llave. No el tamaño, ni el peso, la materia o la forma que pueda tener, todo lo cual cambia o puede cambiar con la evolución de los tiempos. No se olvide que la llave es tal porque abre o cierra los pestillos hechos para que sobre ellos actúe ese instrumento, y *no porque el mismo tenga una u otra forma*.

TERCERO.— Con respecto a las llaves propiamente dichas, existen todavía dos corrientes doctrinales en esta Sala, la tradicional y la moderadamente innovadora.

Conforme a la primera (Sentencias de 16 de febrero de 1988 y 1 de junio de 1989), se llega a una amplia interpretación, pues se comprenden en el texto penal tanto las llaves propiamente sustraídas al titular o usuario legítimo de las mismas, *como las retenidas indebidamente, las apropiadas, las olvidadas circunstancialmente en la vivienda o local ajeno o en otro lugar, las escondidas por el poseedor legítimo y obtenidas por el infractor de cualquier forma*. En suma, la palabra «sustraída» es un elemento normativo que encierra y engloba el acceso a la posesión de la llave legítima contra o sin la voluntad de su dueño.

La reciente corriente doctrinal de la Sala (Sentencias de 9 de febrero y 3 de julio de 1989, 14 de septiembre de 1990, 19 de febrero de 1991 y 8 de febrero de 1992), se inclina a restringir el concepto de la llave falsa a *las que llegan a la posesión* del agente a virtud de robo, hurto, retención indebida, *acción engañosa* o, en conclusión, «*por un medio que constituya infracción penal*», como se decía, con propósito generalizador, por el Proyecto de Código Penal de 1980 y también por la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Tan es así, que si la entrada a la vivienda o al local se hizo mediante llave extraída al propietario, faltaría quizá la fuerza específica hábil para transformar en robo la sustracción, porque ni al término de «*instrumento semejante*» podría acudirse.

Hay que decir, sin embargo, que algunas sentencias *aun cuando recogen la nueva corriente, llegan a la misma conclusión que la primitiva doctrina, pues que a través del amplio significado del verbo tomar, característico del hurto, estiman ilícito penalmente el acto de coger, asir o hacerse con las llaves perdidas u olvidadas si es sin consentimiento o autorización del dueño*. Acción ilícita que conlleva entonces el delito de robo cuando con esas llaves se produce la acción criminal enjuiciada. Por tanto, son pocos los supuestos que se pueden escapar del concepto de «llave falsa».

En los casos en los que la sustracción de los efectos se hace o realiza burlando los *procedimientos magnéticos de identificación, marca y etiquetado de los objetos que se venden en tiendas y grandes almacenes*, se plantea una vez más el problema sobre la consolidación, o no, de los medios definidores del robo con fuerza en las cosas.

Esos nuevos avances tecnológicos sirven para controlar las ventas y las disponibilidades existentes en los depósitos de mercancías y *se utilizan, además, para detectar la salida de objetos sin pasar por las cajas registradoras dotadas éstas como están de los medios técnicos necesarios para desactivar las alarmas sónicas que se ponen en marcha cuando aquéllos se intenta sacarlos subrepticiamente de los citados establecimientos*.

Estos sistemas de alerta (Sentencia de 13 de mayo de 1991) *no pueden ser equiparados a los cerramientos con que se custodian o defienden las cosas para dificultar su ilegítimo apoderamiento*, por lo que la sustracción de los efectos o *mercancías expues-*

tas generalmente al público, sin ningún sistema de sujeción o cierre, subrepticiamente y habitualmente, sin fractura alguna, difícilmente integrarían el delito de robo.

CUARTO.— Dentro de esos avances técnicos dichos figuran también los distintos sistemas informáticos de control, aparte de las tarjetas de crédito antes dichas.

Tales tarjetas que no son llaves en el sentido gramatical del concepto, si lo son funcionalmente (Sentencia de 21 de septiembre de 1990) por cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático (a semejanza de las tarjetas que ahora se utilizan para abrir las habitaciones de los hoteles), o bien para abrir el habitáculo o salida del mismo cuando se halla instalado en el exterior del establecimiento bancario.

En esos casos, las tarjetas cumplen una primera función como llaves por ser el único medio previsto para la apertura sin necesidad de hacer uso de claves o números secretos. *Entonces son llaves falsas por tratarse de instrumentos legítimos de cierre sustraídos a su titular.*

Carácter que no se desvirtúa porque, a la vez, tengan las tarjetas atribuidas una segunda función programada para extraer dinero pulsando y marcando un número secreto exclusivamente asignado al titular de la tarjeta.

En cualquier caso se trataría de un «instrumento semejante» a la llave, con lo que siempre incardinaria el tipo penal ahora contemplado a través del reiterado artículo 504.4.

Con la teoría mantenida por la Audiencia no se vulnera el principio de legalidad ni se hace uso de interpretación extensivamente analógica.

Bien sea por violentar o abrir una puerta con «llave sustraída», bien sea porque se extrae dinero del cajón, también subrepticiamente, manipulando una combinación secreta como la «fractura» del 504.3, *se llega siempre a la violencia que el Código asume para las cosas.*

QUINTO.— El problema aquí cuestionado es uno más en el campo del Derecho Penal, con respecto al cual es muy difícil mantener criterios uniformes porque no se desconoce las distintas vertientes que el tema ofrece.

El primer aspecto de esta problemática estriba en el «factor llave». Consiste en concretar si la tarjeta de crédito ha de ser estimada como tal llave.

Si la contestación es afirmativa, *como lo es por las razones antes expuestas*, surge entonces un segundo aspecto referido a si la utilización de la tarjeta de crédito, por quien no es su titular, consuma el delito de robo con fuerza en las cosas *una vez que con ella, previamente apropiada, sustraída, cogida o tomada, se opera sobre el cajero automático.*

SEXTO.— La sustracción de estas tarjetas, como decía la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1987, con frecuencia objeto preferente del delito, acontece especialmente en los casos de pequeños delincuentes, muchas veces drogadictos, ya en apoderamientos por el sistema del «tirón», ya en el interior de los vehículos de motor forzados o violentados.

Las distintas opiniones que la materia estudiada ofrece parten todas del previo análisis sobre *las acciones desarrolladas para la obtención del dinero, o parte del dinero, que el cajero automático ofrece a la disponibilidad del titular de la tarjeta.*

Frente a quienes se basan en la existencia de actos distintos (el apoderamiento inicial de la tarjeta de un lado, y la manipulación posterior del cajero automático de otro), la Memoria citada rechaza la posibilidad de tratar la extracción del dinero del cajero automático como un «delito autónomo per se» (estafa o robo con fuerza en las cosas). Por

el contrario se apoya en la acción única, *unidad natural de acción* se ha dicho, para afirmar la existencia de hurto, robo o apropiación indebida, según el caso, en el que la extracción del dinero del cajero es sólo el agotamiento de la inicial infracción. Sin embargo en la Consulta 2/88, de noviembre de 1988, la Fiscalía General del Estado respecto de la apropiación de una tarjeta encontrada en la calle dentro de un bolso y con la que después se sacó dinero del cajero automático por ir también la correspondiente numeración en el referido bolso, estima la existencia de sendos delitos de apropiación indebida y robo con fuerza en las cosas, después de descartar que pueda integrarse el *conjunto con un solo delito de apropiación indebida*.

De acuerdo con el «factum» que la instancia asumió, puede establecerse:

1. La tarjeta de crédito es llave pues basta con que el instrumento en cuestión «sirva en la práctica para accionar el mecanismo de cierre de una puerta y para dejar abierta y expedita la que previamente estaba cerrada», en ratificación así de lo más arriba explicitado.

2. La tarjeta de crédito, como tal, puede entrar en el contexto de las llaves falsas a las que se refieren los artículos 510.2.^º y 3.^º y 504.4.^º del Código Penal (llaves legítimas sustraídas o instrumentos semejantes).

3. Las tarjetas de crédito apropiadas ilícitamente constituyen siempre el supuesto previo para la definición del robo, bien entendio que el *tomar sin la voluntad de su dueño* va embebido en el concepto anterior (tomar como sinónimo de asir, coger).

4. Independientemente de la naturaleza que tenga el hecho inicial de apoderamiento (hurto, robo o apropiación indebida), *aunque se quiera dar a la tarjeta sólo el valor material que ella en sí ofrezca* (con lo que el «tirón» del bolso que únicamente contiene la tarjeta sería siempre robo), es evidente:

a) que la apertura de la puerta del habitáculo que encierra el cajero será siempre robo si se opera con tarjeta sustraída ilícitamente (no si la tarjeta fue olvidada por su dueño puesta sobre el artilugio que sirve para abrirla), con lo que quiere decirse es entonces indiferente la manipulación que seguidamente se realice sobre el cajero;

b) que la manipulación efectuada sobre un *cajero situado en la vía pública* (o en el supuesto de que la puerta del habitáculo estuviera abierta o no necesitara maniobra alguna para abrirla) *para obtener dinero, porque de alguna manera se ha sabido, conocido o investigado la numeración*, tiene que constituir infracción penal, no ya porque la conclusión final absoltoria por absurda habría de obligar a invertir los tiempos del razonamiento silogístico, sino porque en todo caso estaría unido tal hecho a la inicial sustracción de la tarjeta, incluso a pesar de que ésta, una vez utilizada, se devolviera, siendo así que el cajero viene asumido por el precepto legal, artículo 504.3, en el sentido de *objeto cerrado o sellando*; y

c) que ese apoderamiento a través de la manipulación normal, sobre cajero situado en la fachada de la entidad bancaria, conociéndose el número secreto, constituye por lo menos un delito de hurto, fuera ya de su conexión con el apoderamiento inicial de la tarjeta, *porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño*.

OCTAVO.— El problema, las dudas teóricas o las variaciones que ofrece toda esta cuestión, son también manifiestas. Darán lugar a la controversia, más según el razonamiento lógico que se estima acertado, ha de llegarse a la conclusión que aquí se mantiene para desestimar el recurso de casación interpuesto, con la consiguiente confirmación de la tesis y resolución mantenida por el voto mayoritario de la Audiencia.

Artículos 512 y 3

Robo con violencia en las personas. Consumación anticipada. Principio de culpabilidad

(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1992. Ponente Sr. Moyna Ménguez)

PRIMERO.— Resume el Tribunal sentenciador sus argumentos para la inaplicación del artículo 512 del Código Penal afirmando que las lesiones producidas a la mujer, con cuyo cuerpo cubría la huída uno de los acusados, eran culposas, y que tuvieron lugar en momento posterior al desarrollo de la acción de robo que resultó fallida. Frente a la tesis de la frustración del complejo delictivo de robo intimidatorio, que es la aceptada por la sentencia recurrida, se levanta el recurso del Ministerio Fiscal invocando la inaplicación del citado artículo 512 del Texto penal.

La sustantividad que el robo violento ostenta, en una zona intermedia entre los delitos de apoderamiento patrimonial y contra las personas, se manifiesta en la pluralidad de bienes afectados —la propiedad, la vida, la integridad física y la libertad— y en la circunstancia de que el valor económico de la substracción, que es la finalidad o motivo de la acción, es irrelevante a efectos de la responsabilidad penal, y en el hecho de trastocarse las normas ordinarias de la ejecución delictiva al estimar consumado el robo no logrado siempre que exista un resultado lesivo para las personas.

Esta consumación delictiva anticipada, que es el efecto querido por el artículo 512 del Texto penal, no exige que la violencia esté con el resultado de lesiones en relación de medio a fin, sino que basta que se halle presente en cualquier momento del «iter» ejecutivo, es decir que las lesiones, como detrimento experimentado en la integridad física o corporal, se produzcan en el curso de la acción depredatoria emprendida o con posterioridad si siguen a la acción sin solución de continuidad —lesiones ocasionales o episódicas—; pero es menester, además, que tengan origen en una acción culpable —dolosa o imprudente— del sujeto, porque las fortuitas no deben traer la eficacia consumativa indicada si se lleva a sus últimas consecuencias el principio de culpabilidad del párrafo segundo del artículo 1.^º del Código, y el deseo de cerrar la entrada de toda hipótesis de responsabilidad por el resultado.

La aplicación de esta doctrina a los hechos probados conduce a la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, pues consta que el acusado Morillo García, al tratar de huir de la persecución policial, disparó repetidamente contra los Agentes que sorprendieron a los delincuentes cuando salían de la entidad bancaria, hiriendo a uno de ellos con lesiones de las que curó a los cinco días; otro de los acusados se parapetó tras de una viandante y al disparársele la pistola que portaba —de forma culposa según la sentencia recurrida— produjo lesiones que exigieron ciento ochenta días de duración.

A esto se añade, según criterio constante de la Sala, que el concierto previo para cometer un delito de robo con violencia e intimidación usando armas de fuego —cada uno de los sujetos llevaba la suya—, aunque no hubiera un propósito definido de utilizarlas, responsabiliza del resultado a todos los partícipes, en el caso de ser empleadas, por la vía del dolo eventual, y si hay lesiones para la vida o integridad física de las personas, aunque sean atribuidas a la acción directa de dos de los delincuentes, el efecto consumativo del susodicho artículo 512 del Código penal se extiende a todos.

SEGUNDO.— El primer motivo del recurso del acusado Morillo García es un modelo de confusión; cita la aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 3 del Código Penal, y mantiene en su desarrollo la hipótesis de la frustración que es, precisamente, la mantenida por la sentencia recurrida; se refiere también a la inaplicación indebida (sic) del artículo 512 del mismo Texto, y trata de explicar en la que llama «exposición del motivo» que el resultado lesivo se produjo por un disparo fruto del pánico y nerviosismo, es decir se propugna la inaplicación de una precepto inaplicado en la instancia al rechazar la consumación ficticia del robo y contra el que alzó el recurso del Ministerio Fiscal. El motivo debió ser inadmitido por falta de fundamento —causa 1.^a del artículo 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, que se torna en causa de desestimación en este momento procesal.

Artículo 516 bis

Utilización ilegítima de vehículo de motor. Autorización tácita

(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992. Ponente Sr. Martín Pallín.)

TERCERO.— Se invoca un tercer motivo al amparo del n.º 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 516 bis del Código Penal.

1.— El delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, se caracteriza por el uso material de un vehículo sin la autorización o consentimiento expreso o tácito de su titular y la concurrencia de un ánimo o propósito de valerse de él sólo de una manera temporal, con objeto de satisfacer un interés de cualquier clase evaluable económicamente, lo que da lugar a que esta modalidad delictiva esté incluida en el Título de los delitos contra la propiedad, si bien, dentro de un capítulo específico.

2.— Trasladando estos conceptos al caso que nos ocupa debemos examinar si concurre la autorización expresa o tácita del titular o propietario del automóvil, lo que eliminaría la existencia del delito imputado.

Siguiendo el relato de hechos probados, el titular del vehículo accede de buen grado, —son palabras textuales de la sentencia recurrida—, a ceder el automóvil a los dos procesados, sin poner inicialmente por su parte tiempo límite a esta utilización. Son precisamente los propios recurrentes los que fijan el tiempo de una manera aproximada y dicen al perjudicado que vuelva dentro de una hora, lo que sugiere o indica que existía una extensión tácita del uso a un tiempo no precisado y que una demora mayor en la devolución no contradecía la voluntad inicial del titular del vehículo.

Se puede deducir del relato de hechos que lo que impulsa a los procesados a continuar con el uso del automóvil, fue el incidente surgido con la víctima del delito de abusos deshonestos, a la que arrojaron del coche abandonando el lugar para darse una vuelta por diversas calles de la ciudad hasta que fueron detenidos por la Policía una hora y media después de haberse hecho cargo del vehículo, lo que pone de relieve que no existió el uso temporal que excediese del previsto inicialmente por su dueño. El hecho de que éste denunciase los hechos en la policía cuatro horas después de haberse producido, sólo indica que estaba preocupado por lo que hubiera podido haber ocurrido, pero no se puede olvidar que, según el hecho probado, la entrega del automóvil se había

realizado de buen grado. No aparece de lo actuado, por tanto, que los procesados actúasen en contra de lo que voluntariamente había aceptado la persona que les había cedido el vehículo.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser estimado extendiéndose esta estimación al otro procesado que se ha adherido al motivo.

Artículo 529.7.^º

Estafa. Agravación por el valor. Cualificación

(Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

QUINTO.— El *motivo cuarto*, también por corriente infracción de Ley, entiende mal aplicado el artículo 529.7 del Código Penal que recoge el subtipo agravado de la especial importancia de la defraudación en la estafa que la sentencia recurrida, entiende como muy cualificada, a tenor del artículo 528, párrafo 2.^º del mismo Código.

El problema del valor de la defraudación ha de considerarse con arreglo a criterios de relatividad, para no recaer en el antiguo y reputado sistema de cuantías rígidas e inamovibles, que sólo por renovaciones más o menos periódicas del Código Penal se venían variando. Hoy día la apreciación de esta agravante simple o muy cualificada ha sido trasladada a la interpretación judicial atendidos factores evolutivos que vienen dados por los indicadores económicos de erosión monetaria, índice de precios al consumo y tantos otros. Un primer punto de partida fue dado por la jurisprudencia atendido el primer cambio legislativo de 1983 que vino a *duplicar* la frontera entre el delito y la falta de estafa (como en el hurto, robo y apropiación indebida) por lo que pasado el límite de las 500.000 pesetas se estableció la agravación simple y rebasado el millón de pesetas se permitía la muy cualificada, (Sentencias 8 julio 85, 28 diciembre 1987, 20 noviembre y 4 diciembre 1989, 8 junio y 19 octubre 1990 y 5 febrero 1991). Ultimamente se han alzado por esta Sala los referidos módulos cuantitativos, situando más o menos en el doble de dichas cantidades la aplicación de la agravante simple y la muy cualificada, pero sin perder de vista el tiempo transcurrido desde el momento en que el delito se produjo (Vid. Sentencia 25 marzo 1992).

La sentencia *a quo*, aplica la agravación muy cualificada dado que estima el valor de la cosa en 2.200.000 pesetas y no el de tasación pericial, atendido que el primero de tales valores fue el de estimación de la propietaria del vehículo al procesado y aceptado por éste, aunque fuera con fines defraudatorios. Incluso, como hemos visto, sube la cuantía de la responsabilidad civil a tres millones de pesetas entendiendo para ello a los casi cinco años transcurridos desde la comisión del delito hasta el momento de dictarse sentencia.

En consecuencia, si con arreglo a criterios económicos actuales habría de desecharse la agravación muy cualificada, dadas las razones acabadas de exponer y declaradas por la sentencia recurrida, procede tener por acertado en su tiempo el criterio de instancia con la consecuente desestimación del motivo que se examina.

Artículo 531.2.^º*Venta como libre de finca gravada. Doctrina general*

(Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992. Ponente Sr. Soto Nieto.)

PRIMERO.— En el primer motivo del recurso, por infracción de ley y al amparo del artículo 849,1.^º, de la L.E.Cr., se atribuye a la sentencia haber incurrido en error de derecho calificando los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de estafa, sin que en los hechos probados consten los requisitos necesarios para configurar el engaño, elemento de naturaleza objetiva, ni el dolo consistente en un ánimo de lucro, elemento de naturaleza subjetiva, ambos fundamentales para la configuración de dicha figura delictiva, con violación de los artículos 529,7.^º, en relación con el 528,1.^º, y 531, número 2.^º, del C.P., infringidos por aplicación indebida. La figura de estafa comprendida en el párrafo segundo del artículo 531 del Código Penal, viene referida, entre otras, al supuesto del que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, señalándose como requisitos precisos para su configuración: a) que se enajene, traslativa o constitutivamente, una cosa mueble o inmueble; b) que la enajenación se realice por el titular dominical de la cosa, es decir, hemos de hallarnos ante la disposición de un bien propio; c) existencia sobre el bien de un gravamen que desmienta y contradiga la condición de «libre» atribuida en el acto de disposición, entendiéndose por tal, entre otros supuestos, cualquier carga de índole real que sobre aquél pese constituida en forma legal para garantizar la efectividad de cumplimiento de una determinada obligación; d) existencia de engaño, elemento característico y configurador de la estafa, al que quiere referirse el precepto inequívocamente al aludir al conocimiento —«sabiendo»— por parte del enajenante de las circunstancias que acompañan al objeto de la relación jurídica, deducible, sin más, del hecho de que, hallándose impuesto de la pendencia del gravamen lo silencio al tiempo de contratar, ocultando al adquirente su existencia y vigencia; e) perjuicio patrimonial, que tanto puede recaer en la persona titular del gravamen, al padecer la garantía con la que contaba, como —cuál sucede normalmente— sobre el adquirente, el que, ignorante de la traba recayente sobre la cosa, con el riesgo que ello supone para la estabilidad y seguridad del derecho adquirido y la merma del valor que comporta, concreta un contrato que, sabedor de aquellos antecedentes, no hubiera celebrado o hubiese perfeccionado en términos distintos a los efectuados; señalando la jurisprudencia que no es preciso que esté total y absolutamente determinado el perjuicio en su cuantía siempre que su realidad sea evidente; f) ánimo de lucro en el agente, como es común a las defraudaciones, consistente en cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídico proceder. Serie de requisitos, los enumerados, de perseverante y constante mención por la doctrina legal, en sentencias, por cita de las más relevantes, de 22 de diciembre de 1972, 26 de septiembre de 1974, 27 de octubre de 1977, 28 de marzo de 1979, 4 de julio de 1980, 4 de junio de 1981, 3 y 4 de febrero de 1983, 18 de noviembre de 1985, 22 de mayo de 1987 y 29 de marzo de 1990.

SEGUNDO.— Partiendo del antecedente fáctico de la sentencia, cuya intangibilidad es absoluta dada la vía casacional escogida, no ofrece la menor duda la correcta subsunción de los hechos en la figura del artículo 531,2.^º, en relación con el artículo 528, que se lleva a efecto por el Juzgador de instancia. El día 21 de enero de 1988 el acusado vendió mediante escritura pública la finca de su propiedad que se describe a 1.^º Ge-

neralitat de Catalunya, afirmando que la misma estaba afecta tan sólo por una anotación preventiva de embargo en favor de «Banca Mas Sarda, S.A.», satisfaciéndose en el acto de la venta dicha carga, toda vez que era condición expresa de la venta el que la finca se hallara libre de cargas. El vendedor e imputado silenció que con fecha 10 de noviembre de 1986 se había practicado diligencia de embargo a favor de la Caja de Ahorros de Sabadell, como consecuencia del juicio ejecutivo número 109/86 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granollers contra Miguel Cuch Mayneris, tomándose anotación preventiva en el Registro de la Propiedad en 19 de febrero de 1987 en garantía de un principal de 2.148.303 pesetas y 800.000 pesetas por costas.

Concurren, pues, todos los elementos integrantes de la estafa referida, negocio jurídico de disposición, transmisión de la finca como libre cuando sobre ella pesaba un gravamen que se oculta o silencia, y ello con ánimo de lucro, y el consiguiente perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. La alegación de que el encausado no tuvo conocimiento cierto del embargo de que se ha hecho mención, carece de fundamento cuando la diligencia del mismo, según la descripción fáctica, se entendió como el propio acusado. Las razones que impulsaron al mismo a vender la finca a la Generalitat no Juegan para nada al respecto. Tampoco resulta acogible la alegación de que aquélla institución pudo obtener información sobre el estado jurídico de la finca en el Registro de la Propiedad, máxime cuando el propio recurrente reconoce que la certificación de gravámenes entregada a la Generalitat lo fue el 19 de noviembre de 1986. El motivo rlo puede prosperar, pues, y ha de ser desestimado.

Artículo 535

Apropiación indebida. Cuotas de la Seguridad Social. Crisis. Retención teórica

(Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992. Ponente Sr. Moner Muñoz.)

SEGUNDO.— En el correlativo motivo, con base en el número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega inaplicación del artículo 535 del Código Penal. Para impugnarlo, y con el fin de no repetir argumentos que aparecen en la Sentencia de esta Sala de 15 de enero de 1991, hay que remitir a los allí expuestos, que declara la inexistencia del delito de apropiación indebida, cuando, cual aquí ocurre, la pérdida de capacidad económica de la empresa, impide afirmar que existió apropiación de unas cuotas que no pudieron ser realmente retenidas, exigiendo así para la existencia del aludido delito, la efectiva disponibilidad de las cuotas por el empresario, aquí inexistente.

Artículo 552

Incendio. Norma residual

(Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vardillo.)

De la narración histórica de la sentencia se deduce: 1) Que los procesados procedieron a trasladar a la parte posterior del almacén las existencias de la parte delantera con

la finalidad de que no se propagara el fuego a las viviendas. 2) Los desperfectos fueron tasados en 2.385.329 pesetas y no consta que hubiera peligro alguno respecto a personas.

Los delitos de incendio, conforme pone de relieve la doctrina científica y jurisprudencial, defienden unos intereses complejos dispares, como son la seguridad de las personas, el patrimonio público y privado, la propia naturaleza, etc. También es tarea compleja el deslinde de cada una de las figuras delictivas.

En este estado de cosas, hay que decir de inicio que la actuación de los procesados no está desde luego tipificada en el artículo 348 del Código Penal. Los procesados sabían que dentro del edificio no se encontraba ninguna persona, es decir, está probado precisamente que la exigencia del tipo penal, en este orden de cosas, no se daba. Y no cabe ningún tipo de presunciones y conjjeturas, antes al contrario, es obligado que el conocimiento del agente, respecto a tan decisivo dato, haya de ser directo, cierto, real y anterior, por supuesto, al incendio mismo.

Así las cosas, el problema radica en establecer cuál haya de ser el precepto aplicable. Las defensas estiman que el artículo 552 y el Ministerio Fiscal que el 549.2, uno y otro del Código Penal.

El 552 es una norma residual referida a los incendios de cosas no comprendidas en los artículos anteriores, mientras el 549.2 ha de aplicarse a los supuestos de incendio de una casa habitada o cualquier edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había o no gente...

Pero si se da como probado que, no sólo saben que no hay gente en el edificio, sino que de manera activa llevan a cabo operaciones de traslado de enseres para evitar la propagación del incendio, no resulta procedente aplicar el artículo 549.2. En este sentido la jurisprudencia de la Sala.

Es decir, en el precepto penal acabado de citar (artículo 549.2) existe un riesgo posible, dentro del escalonamiento en este orden de cosas: certeza, probabilidad, posibilidad, lo que no ocurre en este caso en el que precisamente el riesgo es eliminado por los imputados, conscientes del peligro que en otro caso podía producirse.

Por ello las situaciones como la que aquí se contempla y también los supuestos de duda en la aplicación de dos o varios preceptos, en orden a los delitos de incendio, por la operación tan difícil y compleja que ha de llevar a cabo el juzgador respecto de estas figuras delictivas cuya fronterización es muchas veces harto difícil, han de ser resueltas en virtud del principio «*in dubio pro reo*» que realmente afecta al hecho y al derecho en beneficio del imputado. Por esta razón ha de entenderse aplicable el artículo 552 del Código Penal puesto que las circunstancias concurrentes en el hecho probado están todas ellas inequívocamente incorporadas a este artículo, debiendo imponerse la pena correspondiente al último inciso entendiendo al valor del daño causado, muy superior, desde luego, a 250.000 pesetas.

Procede, por consiguiente, estimar el motivo y dictar, en este sentido, otra sentencia ajustada a Derecho.

Artículo 564

Excusa absolutoria. Alzamiento de bienes. Separación matrimonial

(S.T.S. de 22 de junio de 1992. Ponente Sr. García Ancos.)

Cuarto. La acusación particular, en la formalización de su recurso, interpone un primer motivo articulado procesalmente en el número 1.^º del artículo 849 y con base sustantiva en haberse infringido, por aplicación indebida, el *artículo 564* del Código Penal en relación con el *delito de alzamiento de bienes*.

De una *interpretación puramente literal* de dicho precepto podría inferirse la razón que asiste a la Sala de instancia cuando aplicó la excusa absolutoria que la norma contiene, ya que, de un lado, el delito que se enjuicia está comprendido dentro del concepto de «defraudaciones», y, de otro, tanto el sujeto activo de la acción, como la víctima o sujeto pasivo, tienen la cualidad de «cónyuges» al mantenerse entre ellos el correspondiente vínculo matrimonial por no estar divorciados, sino simplemente separados judicialmente. Decimos que ello se deduce de una interpretación literal del precepto, pero, sin embargo, si empleamos el *método hermenéutico de la lógica* creemos que las consecuencias deben ser distintas, pues no cabe duda que esta excusa absolutoria hay que medirla o tenerla en cuenta desde dos parámetros diferentes: uno puramente material consistente en el «daño» que puedan causarse mutuamente los cónyuges; otro esencialmente espiritual, dirigido a preservar, en lo posible, las relaciones matrimoniales que se verían deterioradas o totalmente deterioradas si al delito cometido se le aplicase la correspondiente pena con todas sus consecuencias, incluso, en algunos supuestos, la de privación de libertad. En evitación de ésto es en lo que creemos su sustenta la verdadera «ratio legis» de la exención de pena, de tal forma que si por motivo de una separación legal de personas y bienes desaparece, no ya la «afectio maritatis» (que, por íntima, no podemos juzgar), sino también toda convivencia familiar y los intereses económicos surgen, además, totalmente contrapuestos, es difícil comprender la necesidad e, incluso, la racionalidad de aplicar tal norma exoneradora.

En este mismo sentido, aunque de manera un tanto tangencial, se pronuncia la *sentencia de 3 de julio de 1989*, referida a un caso, no de separación legal del matrimonio, sino de una *simple separación de hecho*.

Este primer motivo de la acusación particular debe, por tanto, ser estimado.

Artículo 565

Imprudencia temeraria. Adelantamiento. Nueva normativa

(Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1992. Ponente Sr. Díaz Palos.)

PRIMERO.— El motivo primero del recurso, al amparo del número 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 565, párrafo 1.^º del Código Penal, por entender que los hechos declarados probados no son constitutivos de *imprudencia temeraria*, pues si es verdad, dice el recurrente, que el acusado no debió efectuar el adelantamiento que hizo, no es menos cierto que si lo reali-

zó es porque *creyó* que podía hacerlo sin causar daño a nadie, máxime si el lugar en que se produjo el accidente era «tramo recto de perfecta visibilidad», lo que lleva a la conclusión de que tal actitud, si bien errónea no puede calificarse de temeraria.

El recurrente con el argumento que dá desconoce que el error vencible que atribuye al acusado genera culpa (Vid. 6 bis a, párrafo primero del Código Penal) y tanto es así cuanto que en el fondo de toda imprudencia yace un error que afecta al elemento psicológico de aquella consistente en la omisión anímica de la atención y diligencia en la conducta emprendida que hace nacer un riesgo y subsiguiente daño para el bien jurídico protegido, no obstante ser tal resultado perfectamente previsible y evitable (sentencia 11 julio 1988 entre otras).

Y en cuanto a la gravedad de la culpa en el caso de autos, no hay duda alguna de que alcanza el ápice de la imprudencia, lindante con la culpa consciente, pues es harto sabido para el común de conductores y aún de personas profanas en la conducción de vehículos de motor, que el adelantamiento en carretera que obliga a invadir la mano contraria no puede realizarse viñiendo otros vehículos en dirección contraria y si, no obstante, se hace pensando que la distancia a que se acercan dichos vehículos, permite realizar el adelantamiento antes de que llegen a la altura del que pretende adelantar, se incurren en un cálculo erróneo solo imputable a quien lo hace y que se traduce por lo dicho en culpa grave y temeraria.

Y si del elemento psicológico, pasamos al normativo de la culpa, la peligrosidad del adelantamiento en vías interurbanas es también manifiesta como lo demuestran las minuciosas prescripciones que el artículo 31 del Código de la Circulación —vigente en la fecha de autos— dedicaba a tal maniobra, prescripciones que igualmente recoge en los artículos 32 a 37 la Vigente Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial de 25 de julio de 1989 y el Reglamento que desarrolla dicha Ley en su capítulo VII, artículos 82 a 89, de los que conviene destacar la obligación del conductor antes de iniciar la maniobra, de comprobar que en el carril que pretende utilizar para el adelantamiento, existe espacio libre suficiente para que la maniobra no ponga en peligro ni entorpezca a quienes circulan en sentido contrario, *teniendo en cuenta la velocidad propia y la de los demás usuarios afectados*. Por lo demás, las infracciones de todas las normas dedicadas al adelantamiento tendrán la consideración de graves.

SEGUNDO.— Aplicado todo lo expuesto al caso de autos basta leer el relato probatorio para deducir que estamos ante un caso típico de imprudencia temeraria por adelantamiento indebido. En efecto, sobre las 19'30 horas del 4 de marzo de 1988, hora ya nocturna, el acusado circulaba por la carretera nacional N-340 de Barcelona-Cádiz, conduciendo el vehículo turismo marca Opel-Senator por cuenta ajena, cuando al llegar a determinado punto kilométrico, *tramo recto de perfecta visibilidad*, término municipal de Cox (Alicante), efectuó el adelantamiento a varios vehículos que le precedían, cuando en dirección contraria otro coche que circulaba reglamentariamente, con las *luces de cruce encendidas* y llevando puestos los dos ocupantes delanteros los cinturones de seguridad produciéndose, pese a las maniobras evasivas de los dos vehículos, la colisión entre ambos, lo que produjo la muerte de uno de estos y lesiones graves para su conductor y el otro pasajero, además de los daños consiguientes (Vid. sentencia 9 febrero 1990 entre las últimas).

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.— *El motivo segundo*, al amparo del artículo 849.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la falta de aplicación del artículo 600 del Código Penal modificado por Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, en relación con el artículo 30 a)

del Código de la Circulación, es decir, que su conducta debe ser tipificada como simple imprudencia con infracción de reglamento.

Claro es que este motivo es consecuencia del anterior, por lo que desestimado aquél, el que ahora se examina debe correr la misma suerte desestimatoria.

Por otra parte, el recurrente parece olvidar que no sólo se produjeron daños (a los que se refiere el artículo 600 del Código Penal) sino también muerte y lesiones graves, por lo que de seguir su tesis sería aplicable el actual artículo 586 bis introducido por la reforma de 3/89, en que la infracción de reglamento funciona como falta siempre que se aparezca con la *simple* imprudencia o negligencia y no, como aquí sucede, cuando la imprudencia es temeraria, lo que atrae la aplicación del artículo 565.

En el caso de autos, como tantas veces ha dicho esta Sala, no quiere decirse que la infracción de reglamentos desplace la imprudencia temeraria por la simple, pues no pocas veces, tales infracciones reglamentarias son índice de temeridad por el grave peligro que aparejan. Así lo entiende de modo explícito la nueva ordenación circulatoria que por boca del vigente Reglamento que desarrolla la nueva Ley del ramo, declara que son graves las infracciones sobre adelantamiento.

El motivo, por todo lo dicho, debe ser desestimado.

Artículos 1.3.1.^a y 1.1.4.^º de la Ley Orgánica 7/1982

Contrabando. Territorio. Tráfico de drogas

(S.T.S. de 15 de enero de 1992. Ponente Sr. Delgado García.)

Primero. La sentencia recurrida condenó a Edgar Orlando B.H. como autor de un delito contra la salud pública por haber traído al aeropuerto de Madrid-Barajas, en vuelo procedente de Amsterdam, 751,6 gramos de cocaína de un 35,2 por ciento de pureza, valorada en 7.500.000 pts.

Como dicha sentencia absolvió del delito de contrabando por el que había sido también acusado, el Ministerio Fiscal recurrió en casación en base a un solo motivo por infracción de Ley al amparo del n.^º 1.^º del art. 849 de la L.E.Cr., por estimar que se había aplicado indebidamente el art. 68 e inaplicado el 71 en relación con el 344, 344 bis a) 3.^º) todos del C.P., y con el 1.1.3 y 2.1 de la L.O. 7/1982, de 13 de julio, reguladora del contrabando.

Segundo. Viene entendiendo esta Sala, si bien con argumentos diversos, que en los casos en que se introducen en territorio español drogas tóxicas se cometen dos delitos, uno el definido en el art. 344 del C.P. y otro el recogido en la Ley Orgánica reguladora del contrabando, 7/1982, de 13 de julio (art. 1.3, circunstancia 1.^a, en relación con el 1.1.4.^º).

Dice tal art. 1.3, circunstancia 1.^a, que son reos de ese delito quienes realizan alguna de los hechos descritos en el art. 1.1, *cualquiera que sea su cuantía, cuando el objeto sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualquiera otros cuya tenencia constituya delito*, con lo cual la Ley está manifestando su propósito de castigar el delito que ella misma sanciona además de aquel que pudiera existir por la tenencia prohibida, sistema de agravación punitiva semejante al previsto en los números 2.^º y 3.^º del art. 255 del C.P. (dos sentencias de esta Sala de la misma fecha: 2 de diciembre de 1989), aunque utilizando una técnica diferente, pues en lugar de agravación de un tipo básico se confi-

gura como un concurso de delitos. Como tal concurso ha de entenderse desde el momento en que, a la acción propia del delito contra la salud pública por tenencia de la sustancia estupefaciente para traficar con ella, se añade otra acción también tipificada como delito, la importación de tal sustancia, pluralidad de acciones, sólo parcialmente coincidentes, que origina una *pluralidad de delitos* que han de ser sancionados conforme al art. 71 porque *uno de ellos fue medio necesario para cometer el otro*.

Interpretar tales normas de la manera que lo ha hecho la Audiencia Provincial de Madrid en el presente caso llevaría consigo la inaplicación en la práctica de la mencionada disposición del art. 1.3, circunstancia 1.^a, de la referida Ley 7/1982, lo que supondría una interpretatio abrogans contraria al principio de vigencia de las normas y, en definitiva, una violación de la sumisión del poder judicial al imperio de la Ley ordenada por nuestra Constitución en su art. 117.1.

Si sólo se castigaran los hechos ahora examinados como delito de tráfico de drogas, no se cubriría en su totalidad la ilicitud que reviste la conducta enjuiciada, pues quedaría sin sancionar aquello que supone violación del control aduanero establecido por el Estado para defender sus intereses, en este caso la salud pública de los ciudadanos, que se protege de manera doble, por los arts. 344 y ss. del Código Penal y por la referida legislación de contrabando, sin lesionar el principio *ne bis in idem* porque cada sanción tiene su propia justificación. Precisamente éste es el criterio que sirve para distinguir el concurso de delitos del llamado concurso apparente o de normas a que se refiere el art. 68 del Código Penal, aplicable este último solamente cuando es necesario aplicar conjuntamente los diferentes preceptos penales para castigar el comportamiento ilícito como se merece, y ello incluso aunque el bien jurídico protegido sea el mismo.

En este sentido se viene pronunciando reiteradamente esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (sentencias de 5-2-88, 4-5-89, 19-7-89, 16-5-90 y 2-12-90, entre otras muchas).

Por todo lo expuesto ha de prosperar este recurso del Ministerio Fiscal, ya que también ha de sancionarse el hecho ahora examinado como delito de contrabando, si bien en grado de frustración conforme al razonamiento que se hace a continuación.

Tercero. A efectos de esta clase de delitos de contrabando hay que precisar que por importación de drogas o sustancias estupefacientes debe entenderse *la introducción de la mercancía en territorio español, estimándose tal aquél que se encuentra defendido por las barreras aduaneras, prescindiendo de otros conceptos geográficos o jurídicos más amplios que llevan límites del territorio hasta donde el Estado extiende su soberanía comprendiendo la zona terrestre más las aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo*.

Tal concepto estrictamente aduanero, que es el más conforme con la legislación especial existente en esta materia de contrabando, es el único que permite dar la debida seguridad jurídica y precisión al concepto de importación ahora examinado, debiendo entenderse, conforme al mismo, que la importación se produce cuando se ha pasado supuestamente el control aduanero y también cuando el objeto se introduce en territorio español por un lugar donde tal control no existe de modo que la mercancía queda dentro ya del espacio delimitado por esas fronteras por haberse excluido su paso, como ocurre, por ejemplo en los casos de accesos por vía marítima o aérea con desembarco en lugar no custodiado por los servicios aduaneros.

Conforme a dicho criterio (sentencia de 4 de diciembre de 1989) debe estimarse que en la figura de importación de estupefacientes el delito queda consumado cuando se ha pasado el control aduanero o cuando, inexistente éste, se ha colocado la mercancía en territorio protegido por las barreras aduaneras españolas, *siendo posibles las formas im-*

perfectas de ejecución cuando se han iniciado las actividades inmediatamente dirigidas al paso de la frontera en la forma antes expuesta y, sin embargo, no se ha producido la introducción en el territorio español.

En estos casos, conforme a lo dispuesto en el art. 3 del C.P. hay *frustración* cuando ya se ha realizado por parte del autor del hecho toda su actividad tendente a tal introducción y, sin embargo, no se llegó a realizar la entrada en territorio español por causa independiente de su voluntad, y hay *tentativa* cuando, iniciada tal actividad, ésta no llegó a completarse por motivo distinto al voluntario desistimiento, desistimiento que puede existir, y ser eficaz para eliminar la sanción penal, hasta cualquier momento anterior a aquél en que el sujeto termina la referida actividad de introducción.

Dice la relación de hechos probados de la sentencia recurrida que *el acusado fue detenido en el aeropuerto de Madrid-Barajas tras haberle sido detectada por medio de una radiografía la presente de unos cuerpos extraños en el interior de su organismo*, que confesó que era droga, comprobándose luego, por medio de los correspondientes análisis, que se trataba de 75 bolsas de cocaína con un peso total de 751,6 gramos de un 35,2% de pureza.

Tales hechos revelan que *el acusado había terminado ya su actividad dirigida a la introducción de la cocaína en territorio español*, en el concepto aduanero antes referido, pues *fue interceptada la droga en el último momento*, cuando ya había agotado por su parte todos los actos que de él dependían para que la sustancia prohibida pudiera pasar el control aduanero. Por ello hay que entender que existió delito frustrado.

Tal concepto de territorio a efectos de esta clase de delito de contrabando y la posibilidad de formas imperfectas de ejecución han sido ya utilizados por esta Sala en sentencias de 4-12-89, 25-1-90, 16-5-90, 25-9-90, 18-9-90, 15-10-90, 22-10-90 y 27-6-91.

Artículos 1.^º1.3.^º y 3.^º1 de la Ley Orgánica 7/82

Contrabando. Tabaco. Normativas comunitaria y nacional. Atenuante discrecional

(Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1992. Ponente Sr. Ruiz Vadillo.)

PRIMERO.— Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia en el motivo inicial del recurso infracción por aplicación indebida del párrafo 3 del inciso 1 del artículo 1 y artículo 3 inciso 1 de la Ley Orgánica 7/82, de 13 de junio, y falta de aplicación del párrafo 2 del inciso 1 del artículo 1 de la citada Ley, mientras que en el segundo de los motivos, con la misma apoyatura procesal se alega infracción por falta de aplicación del artículo 2.3 de la citada Ley Orgánica.

Probablemente una consideración general del problema puede ayudar a una mejor comprensión del recurso, entendido como una unidad con pretensiones alternativas subsidiarias.

El hecho probado declara que, sobre las 22 horas del 11 de noviembre de 1987, fuerzas de la Guardia Civil interceptaron, cuando salía de una cochera, un vehículo conducido por el acusado, ocupándosele en su interior dos cajas conteniendo mil cajetillas de tabaco rubio de procedencia extranjera que se destinaban a ser repartidas entre los distintos vendedores al por menor, procediéndose a continuación al registro de otra cochera contigua a la anterior y alquilada por el procesado, ocupándose gran cantidad de

la misma mercancía de las marcas «Winston» y «Camel» que, sumadas a las anteriores, arrojaron un total de 165.220, introducidas ilegalmente en territorio nacional y valoradas en 26.435.200 pesetas.

La posición del recurrente, a grandes rasgos, es ésta: El artículo 3 de la Ley Orgánica 7/82 contiene un tipo penal en blanco, siguiéndose así una técnica legislativa en el fondo coherente con el bien jurídico protegido alejado de la Ley Penal, pudiendo, por consiguiente, variar el ámbito de la ilicitud penal sin que cambie la Ley punitiva al ritmo de las mutaciones legislativas que se ofrecen en las normas no penales hacia las que se dirigen las remisiones. El citado artículo 3 no protege bien jurídico alguno, sino sólo a otras normas jurídicas que son las verdaderas e inmediatamente protectoras de concretos bienes, intereses o valores. En aplicación del principio «*in dubio pro reo*» y partiendo de estos presupuestos, habrá de entenderse que el tabaco procede de un país de la CEE, ya que la sentencia se limita, se dice, a manifestar que es de procedencia extranjera, sin que la marca signifique nada dado el carácter de multinacional de la mercancía con fabricación en cualquier país.

Las Leyes de 18 de marzo de 1944 y 30 de marzo de 1971, que cita la sentencia como legislación administrativa, dice el recurrente han sido derogadas por la entrada en vigor el día 1 de enero de 1986 de la Ley de 22 de noviembre de 1985, n.º 33/85 de la Jefatura del Estado, sobre monopolio de tabacos (BOE de 29 de noviembre de 1985) nacida como consecuencia de la incorporación de España a la C.E.E., ya que los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma prohíben los monopolios comerciales.

En dicha Ley se mantiene el monopolio de fabricación, importación y distribución de tabacos manufacturados no comunitarios y se liberaliza la importación y comercio en fase de mayoristas de labores de tabaco de procedencia comunitaria.

Señala que el período transitorio al que se refiere la Disposición Transitoria 2.^a finaliza, según el Acta de Adhesión de España, el 31 de diciembre de 1991 (artículo 48 del Acta), manteniéndose los derechos de aduana que serán suprimidos el 1 de enero 1993.

Recuerda que la Ley citada limita, sin duda, la libertad de comercio consagrada en la Constitución Española (artículo 38) y por ello los supuestos límite habrán de resolverse en favor de la impunidad (*in dubio libertas*).

Teniendo en cuenta la fecha en que los hechos tuvieron lugar, somete a la Sala el problema de cuál de las normas habrá de ser aplicada.

El segundo motivo, como queda dicho, viene referido a la reducción de la pena que el artículo invocado permite al Tribunal, llevada a cabo en uso del llamado arbitrio judicial, teniendo en cuenta que el recurrente fue un simple tenedor y no titular del tabaco. En todo caso, se dice, faltaría la motivación de la sentencia, en este orden de cosas, faltándose así al mandato del artículo 120.3 de la Constitución.

SEGUNDO.— No parece que ofrezca duda que, como dice la doctrina científica, las coordenadas generales del Derecho Comunitario, en las que hay que enmarcar todas las disposiciones relativas al sector público, vienen determinadas por la contradicción fundamental entre la unidad del Mercado Común y la diversidad de las políticas económicas nacionales. Es por ello por lo que, en el marco de un proceso de interpretación económica parcial, que tiene como objetivo la unificación de los espacios económicos nacionales en un único Mercado Común llamado a convertirse, a su vez, en un único mercado interno, pero que no tiene, en cambio, como objetivo la sustitución de las políticas económicas nacionales por una única política económica común, parecen inevitables las constadiciones, unas aparentes y otras reales.

Sin duda la Declaración del Tratado de la Unión Europea que se cita como punto importante de referencia, relativo a la aplicación del Derecho Comunitario, puede servir inicialmente de consideración general en la que enmarcar el tema sobre la base de un recurso cuya estructura y contenido han de ser elogiados por su profundidad y correcto plantamiento, cualquiera que sea la solución que haya de adoptarse.

En primer lugar nos encontramos con la procedencia del tabaco. La sentencia dice que extranjera. Extranjero es sinónimo de no nacional, pero en la actualidad cabe afirmar la existencia de un tríptico en este sentido: nacionales propiamente dichos, nacionales comunitarios y extranjeros, es decir, nacionales no comunitarios. El tabaco aprehendido era americano y las inscripciones, según se deduce de la lectura de las actuaciones, a las que la Sala ha accedido haciendo uso de las facultades que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estaban en inglés. Todavía sigue siendo dudosa la procedencia y cabría la aplicación del principio de la presunción de inocencia al no estar probado uno de los presupuestos integradores del tipo penal, lo que se dice a efectos puramente dialécticos, si es que esta consecuencia no es obtenible por la vía de las inferencias —prueba indirecta o indicaria— si éstas son razonables y lógicas, conformes a las reglas generales de la experiencia. Aún así no puede dejarse en el olvido la importancia de la operación y sus circunstancias y que el hecho se produjo el 11 de noviembre de 1987, cuando, con toda obviedad, era inequívoca la ilicitud, de tal manera que la licitud «*ex post facto*» vendría de la aplicación del principio de retroactividad favorable que consagra nuestra Constitución y el Código punitivo respecto de las Leyes penales o sancionadoras, como consecuencia de los principios por los que se goberna el Derecho Penal.

Pero, dejada así constancia de ese problema, aparece el específicamente jurídico o normativo.

La Ley de 22 de noviembre, número 38/85, relativa al Monopolio de Tabaco, contiene una exposición de motivos especialmente significativa, expresando que «la incorporación de España a las Comunidades Europeas impone transformaciones de extraordinaria trascendencia en el ordenamiento jurídico del sector tabaquero español». De un lado, la prohibición de los Monopolios comerciales impuesta por los artículos 37 y 90 del Tratado de Roma y, de otro, la imposición indirecta, supone la modificación institucional del Monopolio que, incluso sin la concurrencia de estas circunstancias, resultaría aconsejable. A tales efectos, dentro del espíritu de respeto de los principios generales de las negociaciones con la C.E.E., se altera la situación vigente en los siguientes puntos: supresión de la Renta de Tabacos, cuya carga fiscal debe quedar absorbida por el impuesto especial y el IVA; mantenimiento del monopolio de fabricación, importación y distribución de tabacos manufacturados no comunitarios...; liberalización de la importación y comercio en fase mayorista de labores de tabaco de procedencia comunitaria...

Pasando de la Exposición de motivos al articulado, se establece en el artículo 1 el mantenimiento del régimen de monopolio del que es titular el Estado respecto de la fabricación y comercio al por menor de labores de tabaco en España, con excepción de las Islas Canarias, exceptuándose las «labores de tabaco procedente de los Estados miembros de la C.E.E., que sean originarias de éstos o que en éstos hayan sido puestas en régimen de libre práctica, su importación y comercio al por mayor se podrá realizar por cualquier persona física o jurídica en las condiciones que reglamentariamente se establezcan».

Ahora bien, en la Disposición Transitoria segunda se dice «No obstante lo dispuesto en el artículo 1 (acabado de transcribir) se mantiene, hasta el final del período transitorio de incorporación a la Comunidad Económica Europea, el monopolio de importación y comercio al por mayor de labores de tabaco, salvo en lo que resulte obligada su modificación en razón de lo previsto en el Capítulo de adaptación de los Monopolios en el texto del Acuerdo de incorporación del España a dicha Comunidad».

Podemos concluir diciendo que la sentencia es correcta, aunque la cita del sistema normativo no lo sea: 1) Porque no se han cumplido las exigencias del Derecho Comunitario respecto del proceso de descriminalización de determinadas conductas en razón a los presupuestos temporales. 2) Porque no se trata de un sistema que incondicionadamente abra las posibilidades de importación sin más, sino que el régimen precedente es sustituido por otro en el que se establece un impuesto especial y el IVA. Se trata de una sustitución de regímenes de prohibición por otro de cumplimiento de determinadas exigencias cuya infracción es delictiva y, en este caso, más gravemente delictiva. 3) Porque, aunque surgiera la incertidumbre, que no es el caso, como ya se ha dicho, la inferencia, en el sentido de que el tabaco era de procedencia extranjera no comunitaria y del ánimo de contrabando, la consecuencia final es una reacción intelectual correcta, dadas las circunstancias que acompañaron a la aprehensión del tabaco, así como las características de la operación. Los hechos se pueden acreditar a través de una prueba directa y también de una prueba indirecta o indicaria que esta Sala establece supliendo la carencia de suficiente motivación respecto de este hecho tan importante, es decir, que el tabaco no procedía de la Comunidad (Cfr. el problema de las armas de procedencia extranjera o de la droga de igual origen), sino de países extracomunitarios.

Todo ello con el reconocimiento explícito e incondicionado del valor del Derecho Comunitario, entendiendo por tal el Derecho originario (Tratados, básicamente) y Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones con sus correspondientes especificaciones) con el efecto ya clásico de obligar directamente a todos los Estados miembros y de primacía sobre los Derechos nacionales. En este sentido el Derecho Comunitario puede producir, y produce, efectos descriminalizadores o despenalizadores según la terminología que en cada caso se utilice aunque, en cambio, es ya más delicado el tema de la criminalización que, probablemente no se produce, es decir, de tipificación de conductas como ilícitos penales (V. no obstante, el artículo 194 del Tratado Euratom y el 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia) a consecuencia de normas Comunitarias.

TERCERO.— Respecto de la invocada vulneración jurídica de que no apreciara el Tribunal de instancia la circunstancia específica de atenuación, contemplada en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 7/82, de 13 de junio, ha de desestimarse.

En primer lugar, no concurren en el hecho ninguna de las situaciones que podrían determinar la atenuante y, en segundo término, no se trata de una facultad reglada del Tribunal de instancia, sino discrecional, que sólo puede tener entrada en la casación cuando, apareciendo probadas las circunstancias a las que la Ley se refiere para decidir la intensidad de la antijuridicidad o de la culpabilidad, la atenuante no se aplica o, no apareciendo acreditadas, se aplica con notorio olvido de su significación.

Procede, con la desestimación de este motivo, la del recurso.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

DÍAZ PALOS, Fernando: La Jurisprudencia penal ante la Dogmática jurídica y la Política criminal, Editorial Colex, Madrid, 1991, 186 págs.

La obra jurídica de Díaz Palos, magistrado, antes Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, se ha desenvuelto a lo largo del tiempo como un puente entre una rigurosa teoría jurídica del delito y la práctica jurisprudencial del Derecho en el nivel superior de la casación penal. En la primera mitad del presente siglo, incluso en los iniciales años sesenta, la casación permanecía todavía vinculada al pensamiento de los autores y comentaristas del siglo XIX. Pese al significado de la traducción de la obra de Liszt desde 1926, puede decirse que era visible todavía en la jurisprudencia el estilo lingüístico de los penalistas del siglo XIX. El lenguaje de la nueva teoría jurídica del delito, incorporado definitivamente al medio español a través de la traducción del Tratado de Mezger por Rodríguez Muñoz, de la obra de Jiménez de Asua, o de la publicación de la parte general de Antón Oneca en 1949, sólo cristaliza en la jurisprudencia entrados los años sesenta.

Díaz Palos, junto a Quintano Ropelles, ambos procedentes de la Fiscalía, como después sucederá con Ruíz Vadillo, merecen ser recordados en la tarea de incorporar a la jurisprudencia de la Sala Segunda la base teórica proporcionada por la doctrina penal neoclásica, principalmente el Tratado de Mezger, o a partir de 1964, sobre todo en el campo de los delitos imprudentes, por la cuidada traducción de *El Nuevo Sistema del Derecho penal*, debida a la pluma de Cerezo Mir.

En esta tarea de traducir el pensamiento penal teórico en la experiencia de la casación corresponde a Díaz Palos un papel esencial. De este período son muchas de sus numerosas contribuciones a la teoría jurídica del delito, entre las que merecen recordarse *La causalidad material en el delito*, Bosch, 1954, o *Culpabilidad Jurídico Penal*, Bosch, 1954, o su aportación a la *Teoría General de la Imputabilidad*, editado por el Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona en 1965, donde se ofrece una visión filosófica del problema primordial del derecho penal plena de información y originalidad.

El libro ahora considerado, leído como discurso de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, cuenta con un brillante prólogo de Rodríguez Mouruillo (págs. 9 a 13) y un epílogo de Hernández Gil (pp. 177 a 186). Puede decirse sin exageración que constituye una culminación de la obra teórica del autor, aunque ésta se encuentre todavía abierta a nuevas realizaciones. En su estructura son apreciables dos niveles fundamentales, filosófico jurídico (I) y dogmático y político criminal (II).

En el primer sentido se presenta como una reflexión sobre los problemas básicos que suscita el conocimiento jurídico. La Dogmática jurídico penal, cuyas raíces históricas se retrotraen según Díaz Palos al derecho romano, tiene por objeto el delito, la pena y el delincuente. El autor previene frente a un juridicismo exacerbado. Por otro lado, la Política criminal es conectada a la idea de vinculación a los presupuestos materiales del Estado de Derecho y a los principios de culpabilidad y humanidad, sobre los que descansará la reconstrucción del sistema penal español.

Es en la parte dedicada a la consideración de *La Jurisprudencia ante la Dogmática jurídica* (pp. 53 a 133) donde se ofrece una visión general de la correlación entre conocimiento dogmático y realizaciones jurisprudenciales en los campos más llamativos de la parte general. En relación con el problema de la acción y su ausencia es estudiada la responsabilidad de la persona jurídica, así como su conexión con el art. 15 bis c.p.; los delitos de comisión por omisión, con atención a la especial posición de garantía (pp. 61 y siguientes); y la causalidad, con alusión a la fluida evolución jurisprudencial de los últimos años, desde el predominio de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y previa ponderación de la doctrina de la causación adecuada, hasta las nuevas realizaciones de la imputación objetiva.

El libro dedica particular atención al cuestionario de la antijuricidad. Muestra cómo la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto penetró progresivamente en la práctica de la casación, no sólo en los delitos contra el honor (*animus injuriandi, infamandi*), sino como *animus desvelandi* en la violación de secretos, o como ánimo defraudatorio en el delito de extorsión del art. 503 c.p. Este espacio del libro evidencia especialmente el grado de vinculación de la casación al pensamiento crítico de la teoría contemporánea del delito. Díaz Palos, que ha dedicado al problema de la justificación páginas esclarecedoras en su citada monografía sobre la legítima defensa, efectúa una exposición minuciosa del criterio de ausencia de interés, cristalizado en el consentimiento del ofendido, ante todo del consentimiento del paciente en el delito de lesiones. Afirma que el principio del interés preponderante, informador de las causas de justificación, se manifiesta problemático en el problema de la vivisección de animales con fines científicos, todavía impunes, aunque la norma de cultura contemporánea parece orientarse contra tal situación de impunidad. El autor plantea el interrogante de las corridas de toros que, como muestra la historia y las aportaciones de Montes o Pereda aparece enlazado al cuestionario general de ético jurídico de la justificación, cabría añadir que también al criterio de la adecuación social. Dentro del estudio de las causas de justificación, se considera analíticamente el curso de la legítima defensa putativa en el marco de reflexión de la Sala Segunda del T.S. Es aquí investigado un espacio que trasciende a su marco específico, y cuyo curso guarda relación con las estructuras fundamentales de la actual teoría del delito. Es sabido que la Sala Segunda, a lo largo del tiempo, había visto en la legítima defensa putativa con error invencible, es decir, en las hipótesis en que el sujeto obra con la creencia racional y fundada sobre la presencia de la agresión ilegítima, un supuesto de legítima defensa real, reconducible sin más al esquema normativo o

legal de la institución. La legítima defensa putativa con error invencible racionalmente fundado era así considerada como actuar conforme a Derecho. De esta forma se distanciaba la jurisprudencia de la doctrina científica dominante, que solamente atribuía a tales hipótesis valor de causa de inculpabilidad, por ausencia no sólo del dolo, sino también de culpa, a la vista de la diligencia del agente en el examen de la situación concreta. La importante sentencia de 21 de enero de 1969, debida a Escudero del Corral, supuso una ruptura con este punto de vista, dejándose desde entonces de reconducir la legítima defensa putativa al núm. 4 del art. 8, o lo que es igual, prescindiendo de considerarla como causa de justificación, para estimarla causa de inculpabilidad. Tras la reforma de 25 de junio de 1983 el problema se relacionó inicialmente con los párrafos primero y segundo del art. 6 bis a), orientándolo así hacia el error de tipo, con la consiguiente ausencia de dolo, y de culpa si cabía estimarlo como invencible. Persistía, pues, en la casación el pensamiento de que las llamadas eximentes putativas excluyen el dolo. Ha sido a partir de algunas sentencias más recientes, exhaustivamente consideradas en la obra, cuando la Sala Segunda ha reorientado su posición, abriendo la puerta a la teoría pura de la culpabilidad, es decir, apreciando en tales casos error vencible, no de tipo, sino de prohibición conforme al párrafo final del art. 6 bis c.p., con los efectos atenuatorios de la pena del delito doloso inherentes al art. 66.

Es particularmente atractiva y esclarecedora la presentación del problema de la imputabilidad, cuestión tratada monográficamente por el autor en la publicación antes mencionada, reveladora de aquella cooperación entre juristas y psiquiatras, que autorizadamente ha sido reinvindicada como una de las exigencias más profundas dirigidas al pensamiento penal contemporáneo.

La parte final de la obra está dedicada a la consideración de *La Jurisprudencia y la Política criminal* (pp. 137 a 176). La relación entre ambas se ve materializada ante todo en el principio de culpabilidad, en el respeto a los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho y en el reconocimiento del principio de humanidad. En el primer sentido señala nuevamente Díaz Palos que el contraste entre indeterminismo y determinismo no puede ser indiferente para el penalista, ofreciéndose una imagen muy expresiva del actual estado de la cuestión. También es interesante la discusión de la función del motivo en el juicio y, especialmente, en la medida de la culpabilidad.

La proyección de los postulados propios del Estado de Derecho en el sistema penal es vista desde la perspectiva jurídico sustantiva y procesal. En el primer sentido se considera la función del principio de legalidad, la prohibición de la analogía fundamentadora, la relevancia del principio *non bis in idem*, la reserva de ley orgánica o la irretroactividad de la ley penal. En la línea del derecho procesal penal, son consideradas la presunción de inocencia y el principio acusatorio, a la vista de la compleja orientación que crecientemente van recibiendo en el seno de la Sala Segunda.

La obra, escrita con la reconocida maestría literaria del autor, puede considerarse como un puente fundamental que acerca fructíferamente la ciencia del derecho penal y la jurisprudencia de casación dentro de las expectativas lógicas y ético jurídicas del Estado constitucional de Derecho. Es el libro una base imprescindible para comprender la reciente evolución, pero también un punto de partida racional, crítico y sistemático, al que enlazar hacia adelante la rica y compleja producción jurídico penal que lleva adelante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la década de los noventa. Podría decirse

que estamos en presencia de una *parte general*, dogmática y jurisprudencial, y que asistimos también a una sistematización de las garantías procesales que fluyen de la Constitución. La diafanidad de la escritura contribuye a hacer del presente libro una aportación básica para la elucidación y comprensión del derecho penal de nuestro tiempo.

ANGEL TORIO LÓPEZ.

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Valladolid.

GARCIA VALDES, Carlos: «*El proyecto de nuevo Código Penal (Dos estudios de Parte Especial)*», Editorial Tecnos, Madrid, 1992, 115 págs.

El Ministerio de Justicia ha anunciado, dentro de su programa de objetivos a alcanzar durante esta nueva legislatura, la decisión de retomar la tramitación del Proyecto de Código Penal de 1992; noticia que hace renacer la esperanza entre la doctrina penal española de hacer realidad el siempre inacabado y fallido proyecto de dotar a la sociedad española de un nuevo Código Penal.

El cese de la actividad parlamentaria en la pasada legislatura dejó sin tramitar diversos Proyectos de Ley, siendo el Código Penal uno de los textos más afectados, ya que en esos momentos estaba siendo debatido en la Comisión de Justicia e Interior. Asimismo, era uno de los más avanzados y, por su envergadura y trascendencia, el más importante de los que quedaron inacabados.

Así pues, tras la frustración sentida por quienes lamentamos la conclusión de la legislatura sin ver aprobado el Código Penal, el anuncio del Ministerio de Justicia es acondido con entusiasmo, celebrando dicha decisión. En los próximos días asistiremos a un debate colectivo sobre el futuro del nuevo texto punitivo, donde diversos sectores polemizarán sobre las necesidades de la propia sociedad actual, que integran siempre la razón de todo proceso de reforma.

En este contexto, la obra del Profesor García Valdés sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, de reciente publicación, se convierte en una guía imprescindible de consulta y en punto de referencia inexcusable, que permitirá al lector estar al tanto y participar en dicho debate con un mayor conocimiento de un texto que, de inmediato, va a centrar la atención de los penalistas. Siendo este libro de particular utilidad porque el Prof. García Valdés, «trabajando siempre desde la modestia y la integración de pareceres» (págs. 14), como Coordinador General de la Comisión Redactora del Proyecto, es un perfecto conocedor del estado de transición en que se encuentra nuestra legislación penal, dando así una información desde el lugar más privilegiado para analizar este proceso de reforma normativa.

El libro se presenta dividido en dos estudios. Recoge el primero de ellos una introducción general a la Parte Especial del Proyecto y dedica el segundo a un tema que preocupa especialmente al autor y al que ha dedicado diversos artículos doctrinales, como es el terrorismo.

En el primero de los estudios de la obra reseñada, el Prof. García Valdés no sólo se limita a exponer las principales innovaciones introducidas en las distintas figuras delictivas que conforman la nueva Parte Especial de la materia punitiva, sino que además, y de ahí su especial interés, nos explica cómo en su elaboración la Comisión Redactora ha

tenido en especial consideración los dos anteriores e importantes trabajos prelegislativos: el Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983; dejando constancia, asimismo, de la incidencia que han tenido, en la redacción de su articulado, el Derecho comparado (recogiendo un importante estudio comparativo de diversas leyes penales de distintos países europeos como Italia, Francia, Portugal, Alemania, Suiza...), las recientes reformas y actualizaciones del Código Penal vigente, el mayoritario parecer doctrinal y la más reciente jurisprudencia constitucional y, especialmente, la penal de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (cuyas citas ilustran la exposición a lo largo de toda la obra).

Tras destacar la importante novedad de que el Libro II comience por los delitos contra la vida, modificando el tradicional orden legal de los mismos, y adoptando así la sistemática seguida por la moderna doctrina penal al explicar el contenido de la disciplina, el autor analiza los distintos tipos delictivos, exponiendo las diversas exigencias, doctrinales y jurisprudenciales, que llevaron a la Comisión Redactora a la supresión de determinados delitos «ya caducados en una sociedad actual, propios de la España rural cuando nacieron» (pág. 13), tales como el infanticidio y el parricidio; al mantenimiento de otras conductas delictivas conforme a la redacción actual, revisados recientemente por la Ley orgánica 3/1989, como los delitos contra la libertad sexual (que no sufren gran variación, excepto el acceso carnal bucal, que no se equipara al anal y vaginal, respecto de la violación, sino que se incluye entre las graves agresiones sexuales) o los delitos de lesiones (que continúan haciendo referencia, para determinar su mayor o menor gravedad, tanto a la primera asistencia facultativa como al tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad de la víctima); a la agrupación de determinados delitos, dispersos en el actual Código, en nuevos Títulos (que recogen, a su vez, nuevos bienes jurídicos necesitados de protección) como el denominado «Delitos contra las relaciones familiares» o el rubricado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico»; y, por último, a la tipificación de nuevas conductas delictivas, en concordancia con las modernas tecnologías, tales como el fraude informático, el delito ecológico, la manipulación genética o el blanqueo de dinero de ilícita procedencia.

Especial atención reciben los «delitos contra el honor» al analizar el autor de forma detallada su regulación en el Anteproyecto, que acogía la división tripartita de estos delitos, y el posterior debate suscitado tras la incorporación del delito de difamación, recogiéndose un importante estudio comparativo del mismo en la legislación penal europea y cómo, finalmente, se optó por no incluir en el Proyecto el «nomen iuris de difamación, volviéndose así al sistema legislativo bipartito» (pág. 42).

Concluye el autor el primero de los estudios que incorpora la obra reseñada, destacando las novedades más significativas del Libro III, dedicado a las faltas y sus penas, y reflexionando sobre la satisfacción personal sentida tras haber «puesto la pluma» en un Proyecto que, en cualquier caso, ya es historia y que servirá de base para el futuro nuevo Código Penal.

En el segundo de los estudios, el Prof. García Valdés, con el convencimiento y la confianza, no obstante haber sido objeto de una de estas graves agresiones, en que el Estado de Derecho dispone de resortes suficientes para combatir eficazmente, y siempre dentro del marco constitucional, la delincuencia terrorista, expone el estado actual de la represión jurídica del terrorismo en España.

Comenzando por reflexionar sobre la constitucionalidad de la represión penal del terrorismo y, en su caso, de la adopción de medidas excepcionales contra tal delincuencia, que no deja lugar a dudas, se plantea el problema de seleccionar, entre la legislación

común y la especial, el cauce más adecuado para llevar a cabo dicha represión; destacando que tanto el Código Penal vigente como el Proyecto de Código Penal de 1992, optan por incluir la normativa antiterrorista en los textos legales ordinarios. Aborda seguidamente el análisis de las concretas figuras delictivas a través de las cuales se tipifica y castiga la delincuencia terrorista y los problemas suscitados por la punición de conductas como la colaboración con banda armada y la apología del terrorismo, destacando el autor el hecho de que, junto a una mayor agravación de las penas para los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, esté prevista la atenuación, que puede convertirse incluso en la remisión total de la pena, para los denominados «arrepentidos», previsión considerada por el autor como aceptable y adecuada, creyendo «razonable emplear todos los medios legales para lograr el objetivo fundamental de combatir el terrorismo» (pág. 102).

Por último, tras destacar determinadas especialidades previstas en la normativa procesal para los supuestos de terrorismo (suspensión del ejercicio de la función o cargo desempeñados, prórroga del régimen de detención, observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas...), que completan la regulación material antiterrorista, el autor finaliza su estudio analizando el régimen penitenciario aplicable a los delincuentes terroristas, dedicando especial atención al art. 10 de la Ley Orgánica General penitenciaria y tras exponer los argumentos que en su día fueron decisivos para optar por la concentración de los presos condenados en procesos por terrorismo, establece cómo finalmente se lleva a cabo una política de dispersión, siendo la fórmula más idónea «clasificar, separar y dividir».

La conclusión del Prof. García Valdés, tras desarrollar los cauces e instrumentos jurídicos a través de los que se articula la represión del terrorismo, es que «es posible vencer en España a la amenaza terrorista» (pág. 115). Creo, firmemente, que cada día somos más los ciudadanos españoles que compartimos dicho convencimiento.

La conclusión mía, tras la lectura y reseña del libro del profesor de la Universidad de Alcalá de Henares, es que la claridad y sencillez expositiva son notas que lo caracterizan, sin que ello suponga mengua alguna de su carácter científico, y que es una obra esencial para los tiempos de reforma penal que volvemos a vivir. Unicamente resta por señalar que anhelamos ver cumplidos los deseos del autor de ver publicado, con la mayor prontitud posible, el tan esperado Código Penal de la Democracia.

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO.

Universidad de Alcalá de Henares.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Derecho Penal de la Circulación. (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)», 2.^a edición, Barcelona, PPU, 1990, 266 p.

En el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales correspondiente al año 1986 (pp. 712-714) realizó E. Mestre Delgado una reseña de la 1.^a edición del libro del profesor Luzón Peña, hoy Catedrático de la Universidad de Alcalá, de cuya segunda edición aquí se informa. Esta circunstancia justifica que sólo vaya a referirme a las novedades que esta edición presenta respecto de la primera. Tales novedades son, como señala el propio autor en el prologo a la 2.^a edición, fundamentalmente tres: la puesta al día en

cuanto a normativa, la introducción de nuevas «notas posteriores» en algunos de los trabajos, y la ampliación del libro con ocho nuevos estudios.

En cuanto a la puesta al día de la normativa citada en los diferentes trabajos, la misma se hacía imprescindible por las reformas introducidas por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, sean de contenido, sean de numeración del articulado, advirtiendo el autor (p. 8) que no se ha podido tener en cuenta, por haberse publicado después de haberse corregido las últimas pruebas del libro, el RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Las nuevas «notas posteriores» o las ampliaciones de las que ya existían en la anterior edición contienen referencias a la jurisprudencia o la doctrina de los cinco años que median entre la 1.^a y la 2.^a edición de la obra.

Las novedades reseñadas en los dos párrafos anteriores tienen sin duda importancia pues dotan al libro de absoluta actualidad para su manejo por quien se interese por las cuestiones del Derecho penal de la circulación tanto desde una perspectiva teórica como práctica. Pero la novedad más relevante de esta 2.^a edición de la obra de Luzón la constituye sin duda la inclusión en la misma de ocho nuevos estudios, publicados previamente en diversas revistas jurídicas.

Siguiendo la estructura del libro, el primero de los nuevos trabajos lleva por título *La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado* (pp. 105-133). En el mismo, que, al contrario que la mayoría de los trabajos del libro, no parte del análisis de una concreta sentencia o grupo de sentencias, Luzón Peña desarrolla con cierto detenimiento el criterio de autoría para delitos de resultado, tanto imprudentes como dolosos, que había comenzado a pergeñar en algún trabajo anterior, también recogido en este libro (pp. 81-103): la determinación objetiva y positiva del hecho, al que yo mismo me he adherido en mis publicaciones sobre el tema. Luzón critica el concepto unitario de autor mantenido por la doctrina alemana prácticamente unánime para los delitos imprudentes y también el intento de restringir la responsabilidad en estos hechos mediante el solo recurso a la idea de la imputación objetiva del resultado (pp. 107-110). Destaca la base objetiva del dominio del hecho como elemento caracterizador de la autoría en el delito imprudente, proponiendo hablar de *determinación objetiva del hecho*, para obviar las dificultades de lenguaje que pudiera entrañar el hablar de un *dominio objetivo del hecho* (pp. 110-112). La auténtica realización del tipo, característica de la autoría, en los delitos de resultado imprudentes y dolosos se encontraría en esa determinación objetiva del hecho, del acontecer típico, del curso causal, debiendo entenderse tal determinación en sentido positivo y no meramente negativo como sucede con el mero poder de interrupción o el dominio negativo o capacidad de desbaratar el hecho retirando su aportación al mismo que poseen los cooperadores necesarios, y además ha de ser real y no meramente posible (pp. 112-116). El que el criterio sea utilizable tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos no quiere decir que no haya nunca ninguna diferencia entre unos y otros, pues la presencia de dolo hará que en algunos casos las posibilidades de determinar objetivamente el curso causal sean mayores (p. 116). Afirma Luzón Peña que en el ámbito del delito imprudente caben las mismas formas de autoría —directa o unipersonal, mediata, coautoría y autoría accesoria— que en el del doloso (pp. 116 s.), aconsejando como fórmula explicativa de la autoría en estos delitos la ya anteriormente propuesta del «dominio potencial», si bien matizando que se trata de una «fórmula heurística y auxiliar» que no debe confundirse con la mera posibilidad de dominio del hecho (p. 118). No obstante todo lo anterior, Lu-

zón no descarta que la propia naturaleza de la determinación objetiva del hecho en los casos de imprudencia pueda conducir a un concepto más amplio o más restringido de autoría en los hechos imprudentes en comparación con los dolosos de resultado (pp. 118 s.) e incluso la posibilidad de que existan supuestos de delitos imprudentes de resultado en algunos ámbitos especiales en que para caracterizar la autoría de determinados sujetos resulte insuficiente el criterio de la determinación objetiva del hecho, siendo necesario acudir a la idea de la infracción de un deber (pp. 119 s.). Luzón explica con ejemplos la posibilidad de participación —en sentido estricto— imprudente, que para él (como ya había demostrado en otro trabajo) siempre es impune (pp. 120-122), como lo son los supuestos de mero favorecimiento imprudente de la autoría dolosa (pp. 122-124, donde se fundamenta por esta vía la impunidad del periodista Vinader en el caso conocido por ese mismo nombre, siempre y cuando no existiera dolo —ni siquiera eventual— por parte de éste, cosa que no plantearon las sentencias que se ocuparon del caso). Advierte también el Catedrático de Alcalá que algunos supuestos que a primera vista podrían parecer de participación imprudente impune son en realidad casos de autoría mediata imprudente o coautoría imprudente y por tanto punibles (pp. 124-126). Plantea Luzón, si bien «en términos de cierta relatividad», la existencia de un fundamento material explicativo de que el criterio de la determinación objetiva del hecho sea el delimitador de la autoría en los delitos puros de resultado: «la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado», dato prejurídico que las normas jurídicas penales tendrían en cuenta en el específico fundamento jurídico de la autoría (pp. 126 s.). Señala Luzón la existencia de supuestos en que existe una determinación objetiva del hecho en sentido naturalístico («autoría» en sentido amplio) por parte de factores no humanos o humanos no penalmente responsables; en tales casos, si hay otras conductas humanas concurrentes, será importante decidir si las mismas suponen un simple favorecimiento de las anteriores (y, por tanto serán impunes) o si determinan el hecho a través de ellas o junto con ellas (casos de autoría punible) (pp. 127-129). Para terminar, Luzón realiza dos matizaciones importantes, que con frecuencia se olvidan en la teoría de la autoría y la participación: en primer lugar, en la autoría mediata no es suficiente con que un sujeto determine necesariamente la conducta de otro al que se llama «instrumento», sino que es preciso que a través de éste determine el hecho, para lo que «es necesario que la propia conducta del instrumento, determinada por la otra persona, por su parte determine objetivamente el curso del acontecimiento» (pp. 129 s.); en segundo lugar, en los delitos puramente resultativos lo decisivo para la autoría directa unipersonal no es, como suele afirmarse, que el sujeto sea el único actuante y el único que intervenga de propia mano en el curso causal, sino la completa ejecución o realización del tipo, para determinar lo cual no sirve la característica «de propia mano», como demuestra Luzón con varios ejemplos (pp. 130-133).

El segundo de los trabajos de nueva inclusión se titula *Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente (Comentario a la Sentencia TS 5-2-1985)* (pp. 135-142). La STS comentada enjuicia un caso en el que el conductor de un autocar observa que en sentido contrario y en tramo de buena visibilidad se aproximan tres turismos, iniciando de improviso uno de ellos una maniobra de adelantamiento imprudente, ante la cual el conductor del autocar, para evitar la colisión frontal con el vehículo que adelantaba, se desvía a la izquierda colisionando frontalmente con los otros dos vehículos, produciéndose diversos resultados de muerte y lesiones a los ocupantes de los mismos y de daños. El TS considera que la conducta del conductor del autobús es constitutiva de un delito de imprudencia temeraria con diversos resultados, pues el conductor debería ha-

ber frenado o haberse desviado a la derecha, si bien degrada la imprudencia y rebaja la pena por la concurrencia de culpa del conductor del turismo que adelantó también imprudentemente. Frente a esta calificación, Luzón estima con acierto que la conducta imprudente del conductor del autocar se realizó en estado de necesidad provocado por el conductor del turismo que adelantó incorrectamente, haciendo nacer la situación base del estado de necesidad, pues el conductor del autobús se halló ante una situación de peligro que le obligaba a optar por diversas alternativas, todas ellas (con seguridad o con probabilidad) lesivas (lo que haría que en cualquier caso se diera el carácter absoluto de la situación de necesidad, requisito, por otro lado, cuyo carácter esencial es discutible) (pp. 139 s.). Sin embargo la eximente sería incompleta, pues faltarían los requisitos de la necesidad del medio (el conductor del camión eligió el más lesivo) y de la proporcionalidad de los males (causó un mal mayor del que pretendía evitar) (p. 141). Luzón, contra la tendencia jurisprudencial a considerar inaplicable el estado de necesidad a hechos imprudentes, lo considera aplicable, señalando que en el caso la actuación del conductor del autocar fue imprudente y no dolosa, si bien, en general, cuando se producen por una acción imprudente varios resultados lesivos no ha de hablarse, como hace la jurisprudencia, de un delito de imprudencia con diversos resultados, sino de un concurso ideal de diversos delitos (o faltas) imprudentes (pp. 141 s.).

En el breve trabajo *Pena inferior y grado aplicable con una agravante (Nota a la Sentencia TS 9-5-1984)* (pp. 155-158), Luzón estima correcta la determinación de la pena que realiza la STS comentada, salvo en el punto en que ésta aprecia que la concurrencia de una circunstancia agravante hace que la pena haya de imponerse en grado máximo (que en este caso equivalía a prisión menor en grado medio) y que sólo la prohibición de *reformatio in peius* hace que se respete la pena impuesta por el Tribunal de instancia (dentro del grado mínimo de prisión menor). Luzón aboga por el contrario, en virtud de lo dispuesto en el art. 24 CP, por la aplicación retroactiva de la LO 25-6-1983 de reforma urgente y parcial del CP, no vigente en el momento en que se dictó la sentencia del Tribunal de instancia (por tanto ésta era en principio efectivamente incorrecta), pero sí cuando se dictó la del TS, que debió apreciar que, tras dicha LO, el art. 61, 2.^a CP establece que la concurrencia de una agravante hace que la pena se imponga en grado medio o máximo (o sea prisión menor en grado mínimo, como imponía el Tribunal de instancia, o medio), por lo que la pena inicialmente impuesta queda justificada sin necesidad de recurrir a la prohibición de *reformatio in peius* (p. 158).

En *Dolo eventual o directo en lesiones, daños y atentado. Concurso ideal de infracciones imprudentes (Comentario a la Sentencia TS 28-5-1986)* (159-166), el autor se ocupa de la citada STS, que mantiene que quien, habiendo sustraído un coche y siendo detenido por la Guardia Civil para identificarlo, arranca bruscamente el coche con el único propósito de escapar y, al hacerlo, golpea y lesiona levemente a un agente que se interpone no comete delito de atentado, pues éste requiere dolo directo y ánimo de ofender el principio de autoridad y no basta el dolo eventual, que por otro lado según la STS no consta, por lo que se condena (aparte de la sustracción del vehículo) por una falta de imprudencia con resultado de lesiones, teniendo también en cuenta en ella el resultado de daños de poca cuantía producidos por el sujeto al huir. Luzón critica en primer lugar la idea tradicional en la jurisprudencia de la existencia de un *crimen culpae* (imprudencia con resultado de lesiones y daños), pues lo correcto es afirmar que existen diversos *crimina culposa*, siendo esto aún más evidente en las faltas imprudentes en que las que afectan a las personas y las de daños se castigan con diferencias incluso en distintos artículos del CP (586 bis y 600), lo que deja claro que estamos ante tipos distintos. Por

ello, cuando una acción imprudente produce diversos resultados de lesiones y daños, estaremos ante un concurso ideal de delitos o faltas imprudentes de lesiones y daños, con independencia del tratamiento penológico que el mismo deba recibir y que es discutido en algunos casos (pp. 163 s.). Por otro lado, Luzón considera cuestionable la negación de la existencia de dolo eventual por la STS con el fundamento de que el resultado no parecía probable ni aceptado por el procesado, pues el autor del trabajo estima con razón que la teoría de la probabilidad y la de la aceptación (que le parece correcta) no llevan en muchos casos a los mismos resultados en cuanto a la presencia o no de dolo eventual (p. 165), considerando además discutible que en el caso concreto no hubiera —tanto para la teoría de la probabilidad como para la de la aceptación— dolo eventual (o incluso dolo directo de segundo grado) y si sólo imprudencia respecto de las lesiones y los daños, pues es muy verosímil que el sujeto, en su afán por huir y ante la interposición de un agente, se diera cuenta de que era muy probable (si no seguro) que golpearía al guardia lesionándolo y que desde luego aceptaría tal resultado (pp. 165 s.).

Dentro del importante bloque de trabajos dedicados a la omisión de socorro se incluyen ahora dos más. El primero de ellos se titula *La posición jurisprudencial sobre la omisión de socorro a la víctima y su repercusión sobre los requisitos del dolo en tal omisión* (*Comentario a la Sentencia TS 6-3-1985*) (pp. 211-219). La STS comentada se inscribe en el amplio sector jurisprudencial —sometido con acierto a crítica por Luzón en otros trabajos (los recogidos en las pp. 189 a 209 del libro que se reseña)—, según el cual en el párrafo tercero del hoy art. 489 ter CP (omisión de socorro a la propia víctima) la víctima ha de ser —teóricamente— una persona desamparada, como en el párrafo primero de ese art. (omisión de socorro básica), pero interpretando el desamparo de una forma muy diferente y mucho más estricta a lo que se hace en éste, de modo que en la omisión de socorro a la propia víctima ésta está desamparada mientras no esté recibiendo asistencia médico-sanitaria suficiente o incluso hasta que no esté perfectamente atendida en un centro asistencial; mientras tanto, aunque terceros se ocupen de la víctima, ésta está desamparada respecto del causante del accidente, pues sobre él pesa un deber personal e intrasferible de auxilio. Lo peculiar de la STS comentada es que la misma afirma que la comisión dolosa del delito agravado de omisión de socorro a la propia víctima requiere el conocimiento de haber causado con el accidente un resultado lesivo para una persona, pero no es necesario que el sujeto «se hallase informado de la existencia y gravedad de las lesiones padecidas por la víctima» y que no excluye el dolo el hecho de que el sujeto «hubiera supuesto infundadamente la innecesidad de su intervención». A juicio de Luzón (que comparto plenamente), «la primera afirmación es imprecisa y equívoca y, por ello, peligrosa, y la segunda inadmisible» (p. 215). La primera es imprecisa porque no se sabe si significa que el TS entiende que es necesario el conocimiento de que el peligro es grave, aunque no se sepa con exactitud y precisión técnica la entidad, clase y gravedad de las lesiones, lo que resultaría correcto, o que considera innecesario el conocimiento genérico de la existencia de un peligro grave (o sea de un elemento del tipo), lo que sería totalmente erróneo, pues si se desconoce esa existencia que era real se aplicarán las reglas del error directo de tipo, y, si en realidad no se daba el peligro grave, simplemente no habrá dolo por faltar ya la parte objetiva del tipo (pp. 216 s.); si la alegación de no haber sido consciente de la gravedad del peligro (o la de no creer necesaria su intervención) es una mera alegación posterior en el proceso con fines defensivos y sin base real sería algo que debería demostrarse a través de los procedimientos habituales de prueba de elementos subjetivos (pp. 217, 218). La segunda es incorrecta, pues si el sujeto cree infundada o fundadamente innecesaria su intervención

por pensar, p. ej., que la víctima está ya amparada por ser atendida por otros, ya no hay dolo; si la creencia es objetivamente infundada estaremos ante un supuesto de error directo de tipo vencible (imprudencia), que será invencible si la creencia errónea está objetivamente fundada (caso fortuito) (pp. 217 s.). En definitiva, Luzón pone de manifiesto que las aseveraciones de la STS comentadas en cuanto al dolo son una consecuencia lógica de la incorrecta interpretación jurisprudencial de los requisitos del desamparo en la omisión de socorro a la propia víctima: si ésta se da aunque la persona esté objetivamente amparada por el auxilio de terceros es porque, según esa interpretación, el desamparo no es un requisito típico y por tanto no ha de ser abarcado por el dolo del autor, o, lo que es un paso más en esa interpretación: aunque el sujeto no sepa que la víctima está en peligro grave o aunque efectivamente no lo esté y el sujeto lo sepa, éste tendrá el deber personal e intrasferible de ayudarla en todo caso, interpretación nuevamente rechazable (p. 219).

El segundo de los trabajos relativos a la omisión de socorro, *Distinción entre delito putativo y tentativa imposible de omisión de socorro (Nota a la Sentencia TS 27-3-1987)* (pp. 221-225), es una breve nota destinada a aplaudir la STS a que hace referencia, matizando sólo que habría sido conveniente que, en la correcta distinción que realiza la citada STS entre tentativa imposible y delito putativo según que el error versase sobre elementos del tipo o sobre el carácter antijurídico de la conducta, habría sido conveniente señalar expresamente que se trata de casos de error «inverso» o «al revés» (p. 225).

¿Conductores suicidas o conductores homicidas? (pp. 235-244) se trata de un trabajo del que soy coautor y en cuya redacción inicial también colaboró el profesor de Vicente Remesal (en algunas modificaciones posteriores colaboraron los profesores Rodríguez Montañés y Paredes Castañón). En el mismo no se realiza un estudio jurisprudencial, sino que defendemos la calificación de conductores homicidas y no suicidas para quienes, normalmente mediando una apuesta, conducen a gran velocidad un vehículo en dirección contraria a la debida por una autopista o autovía, con el compromiso de no retirarse del carril correspondiente aun cuando vengan otros vehículos de frente, y tratamos de demostrar que no tenían razón quienes señalaban que el Derecho penal vigente en el momento de escribirse el trabajo no tenía una respuesta (o la misma era muy insuficiente) frente a tan graves conductas (pp. 237 s.). Distinguimos varias situaciones, que vamos calificando. En los casos en que el conductor es detenido o llega a su destino sin que se produzcan resultados lesivos (casos que presentan distintas variantes), afirmamos en general que el conductor puede ser castigado como autor de una tentativa (en supuestos excepcionales, tentativa imposible) o frustración de homicidio con dolo eventual (o, a veces, incluso con dolo directo de segundo grado), en concurso ideal o real con otros delitos intentados de homicidio, lesiones o daños, según los supuestos, y, si media apuesta, con la agravante de precio, recompensa o promesa (y quizás premeditación), si es que no se acepta el asesinato con dolo eventual (pp. 238-240). En todos estos casos, aunque no se aceptara nuestra calificación o no se probara la existencia de dolo, siempre cabría aplicar un delito de peligro abstracto: el de colocación de obstáculos del art. 340 bis b) 1.^a CP, que antes de la reforma del CP de 1989 podía calificarse de más grave que el de conducción temeraria del art. 340 bis a) 2.^º CP, o un concurso ideal de ambos si se produjera un concreto peligro para la vida, integridad o bienes de las personas. Y, si se ha obligado a uno o más vehículos a desviarse, habría (si no se acepta o no se prueba la tentativa de homicidio) uno o varios delitos consumados, con dolo directo de primer grado, de coacciones o amenazas condicionales. Y, en cualquier caso, si se admite

la existencia de dolo eventual, pero no de tentativa cuando aún no se avistan vehículos en sentido contrario, como en la preparación del hecho intervendrán normalmente varias personas, se podrá imponer la pena de la conspiración (igual a la de la tentativa), interpretando el término «ejecutarlo» del art. 4, 1.^º CP en un sentido amplio (pp. 240 s.). Por otro lado, si se producen una o varias muertes (independientemente de la posible del conductor, que extinguirá su responsabilidad pero no la de los de los codelincuentes), como hay al menos dolo eventual, el conductor respondería por uno o varios delitos consumados de homicidio (con agravante de precio, en su caso), en concurso (de diferente clase según las situaciones) entre sí y con otros delitos de lesiones consumadas, homicidios frustrados o intentados y daños. Si sólo se producen lesiones, la pena será la de éstas consumadas, en concurso de delitos con la de uno o varios homicidios frustrados o intentados. Y, si no se probara la existencia de dolo eventual, el conductor respondería por uno o varios delitos de homicidio o lesiones por imprudencia temeraria (p. 241). Al margen de algunas otras consideraciones que se realizan en el trabajo (pp. 241 s.), concluimos el mismo mostrándonos muy cautos ante la conveniencia de crear un tipo de peligro *ad hoc* para estos supuestos con penas más graves que las de los entonces existentes delitos de peligro en el tráfico, considerando que el mismo sólo sería útil para supuestos marginales y, en todo caso, recomendábamos que dicho precepto contuviera una declaración expresa de subsidiariedad o alternatividad de ese tipo frente a los más graves de lesión (intentados o consumados) que pudieran producirse, de modo que la existencia del tipo de peligro no propiciara, en una aplicación incorrecta del Derecho penal, la no aplicación de los tipos más graves correspondientes (p. 243). Como se señala en una nota posterior al trabajo, los temores que subyacían a nuestra anterior consideración se confirmaron y la LO 3/1989, de actualización del CP, introdujo en él el art. 340 bis d), de vaga formulación y pensado para el supuesto de la conducción homicida, que según el Preámbulo de la Ley de reforma estaría a medio camino entre el delito de peligro y el de homicidio; ello realmente no es así y, pese al silencio del precepto, habrá que interpretarlo del modo subsidiario al que se ha hecho referencia, aplicando en su caso el correspondiente tipo más grave (pp. 243 s.).

El último de los nuevos trabajos de esta 2.^a edición es el titulado *Concurso de utilización ilegítima intimidatoria o robo con amenazas condicionales o detenciones ilegales (Notas a las Sentencias TS 4-2 y 13-7-1987)* (pp. 257-264). El mismo se ocupa muy brevemente de las dos STS a que se refiere el título, ambas relativas a supuestos muy frecuentes en sustracciones violentas de vehículos de motor (llevándose a veces también a los conductores u ocupantes) en que podría plantearse un concurso de delitos o de leyes entre la utilización intimidatoria del vehículo o robo intimidatorio o con toma de rehenes y amenazas condicionales o detenciones ilegales (p. 259). Lo peculiar de las dos STS frente a la jurisprudencia habitual anterior a ellas y también frente a al menos otra STS posterior es que no aprecian la existencia de robo con toma de rehenes del art. 501, 4.^º CP (pp. 261, 263, 264), no planteando ninguna de ellas la posibilidad de que, junto a un robo intimidatorio del art. 501, 5.^º y utilización ilegítima intimidatoria del art. 516 bis, 4.^a CP, concurrieran unas detenciones ilegales cualificadas del art. 481, 1.^º CP, si bien la segunda de las STS anotadas plantea al menos la posibilidad de concurso con el delito de amenazas (pp. 261, 263). Para la explicación de las complejas relaciones concursales en supuestos similares y en otros remite Luzón a su trabajo *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales* (pp. 261, 263 s.).

La puesta al día de la obra y su enriquecimiento con los nuevos trabajos de cuyo contenido he dado noticia garantizan el interés teórico y práctico de esta obra del profesor Luzón Peña, interés contrastado ya con la aceptación obtenida por la 1.^a edición de la misma.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO

Profesor Titular de Derecho Penal.

Universidad de León

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: «Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo». J. M. Bosch Editor S.A. Barcelona 1992. 425 páginas.

No es tarea sencilla la de presentar una obra que pasa revista exhaustiva, crítica y comprometida, a los problemas filosóficos, políticos y jurídicos que fundamentan y encierran una disciplina tan polémica y de tanta significación para el desenvolvimiento humano y social como la penal. Pero esa tarea se incrementa cuando se trata del riquísimo pensamiento de un autor que no ha rehuído exponer cada tema de modo claro y a la vez profundo, matizándolo con atinadas y honestas críticas que van perfilando y fundamentando su propia posición, que siempre exhibe.

La obra se va constituyendo, a medida que se avanza en su lectura, en unas vastas confesiones intelectuales en las que Silva Sánchez muestra su sólida formación y los pliegues íntimos de su pensamiento; indica nuevos caminos a explorar y las dudas que lo acosan, así como las respuestas a esas dudas que habrán de ser, como la de todo intelectual honesto, provisorias, abiertas a la discusión, a la crítica y al cambio, como él mismo lo sugiere en la «introducción» a este trabajo.

Esta «Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo» está dividida en cuatro partes, además de la breve «Introducción» (I), ya aludida, en la que Silva Sánchez explica también su origen como proyecto docente para acceder a la cátedra universitaria. Los otros cuatro capítulos o partes llevan por título «El Derecho Penal contemporáneo» (II), «Las ciencias penales en el estado contemporáneo. En particular la dogmática jurídico penal» (III); «Los fines del derecho penal en el estado contemporáneo» (IV) y «Fines de las normas jurídico penales y sistema dogmático del delito» (V).

Comienza presentándola como un desarrollo de la nueva crisis que se instala en la disciplina penal, especialmente desde la década de los sesenta. Esta crisis es entendida como una tensión permanente entre discursos opuestos, cada uno con sus fines y sus lógicas, que operan como acicate constante en la búsqueda de síntesis superadoras. Ubica la génesis de esta crisis en la quiebra del esquema tradicional de un Derecho Penal de retribución que se produce por aquellos años, que implicó, a juicio del profesor de Barcelona, el rechazo de las justificaciones metafísicas basadas en la idea retribucionista, y la búsqueda de nuevas fuentes de legitimación, inmanentes al medio social y no trascendentes a él.

Esa crisis se manifiesta en tres planos diferentes: en el del derecho penal moderno; en el de su legitimidad y de la dogmática; y en el que enfrenta a una legislación penal en expansión, con un sistema penal en retroceso.

Para comenzar a encararla, hace explícita en primer término la postura político criminal básica desde la que ha de abordar las sucesivas tomas de posición. Así, luego de revisar críticamente los discursos «abolicionistas» y «resocializadores» con sus respectivas utopías y excesos, se define adoptando la postura político criminal que denomina

«garantístico material», a la que caracteriza porque procura conciliar el principio preventivo general de protección de la sociedad mediante la disuasión por la pena, con los principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización (voluntaria).

De este modo, afirma, se conforma un derecho penal mínimo garantístico, al que juzga idóneo para resolver la permanente tensión que existe entre aquella función de protección de la sociedad por medio de la prevención general de delitos, y las exigencias de la seguridad jurídica, la intervención mínima, la proporcionalidad etc. Esta concepción permite plasmar en ella las tendencias humanizadoras, tanto tradicionales como modernas, del Derecho Penal.

Porque parte de esas bases, Silva Sánchez defiende a la dogmática como su mejor instrumento de concreción, pues posibilita una aplicación segura, igualitaria y calculable del Derecho Penal en beneficio de la seguridad jurídica, garantizando, a la vez, los derechos fundamentales del individuo frente al poder del Estado.

A ella está dedicada la tercera parte del libro, en la que muestra su origen, evolución y estado actual, así como sus virtudes y debilidades y el menosprecio de que también fuera objeto; las relaciones que mantiene con la tópica, las ciencias sociales, la criminología, el derecho positivo, las valoraciones político criminales, la hermenéutica y las estructuras lógico-objetivas, para pasar luego a ocuparse de la imputada «acentificalidad» de la dogmática. Todo ello es formulado en secuencias a la vez críticas y constructivas, pues a medida que expone y polemiza, va entretejiendo la trama que compone su propio pensamiento.

Así, se define partidario decidido de una dogmática que permita conservar las virtudes de la sistematización, pero que a su vez pueda permanecer abierta a los problemas y a los aportes de otras disciplinas, manteniéndose siempre bajo la mediación valorativa de una política criminal limitada axiológicamente por los principios garantísticos y programáticos que consagra la Constitución Española que resulte enmarcada por el derecho positivo, pero flexibilizado por una hermenéutica que posibilite su integración con las consideraciones teleológico-valorativas que suministra la política criminal y los fines límítates que asigna al derecho penal y que justifican su existencia misma. (A la específica exposición de estos fines dedica la cuarta parte de la obra, pero estos se van perfilando como la idea clave que guía toda su construcción).

Esa toma de posición, inspirada en la dogmática «funcional» o teleológica propuesta por Roxin, aspira a superar la frecuente contraposición entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio, integrando siempre el «problema», la tópica, en el sistema. Para posibilitarlo, su instrumento, la dogmática, debe responder, como ya se vio, a una concepción abierta, flexible, que sea capaz de asimilar los cambios sociales y de incorporar las nuevas concepciones teóricas y de las ciencias sociales auxiliares.

Por cierto que el autor se hace cargo de que un sistema y una metodología de creación que posea estas propiedades; que resulte comprometido con las premisas valorativas básicas de las que parte, y que permanezca permeable y atento al cambio, se tiene que hallar sometido a diversas objeciones.

Las señaladas más significativas son dos: la falta de neutralidad valorativa, y su probable acentificalidad ponderada bajo el baremo neopositivista de ciencia.

Silva Sánchez desecha los temores, propios de otras concepciones dogmáticas, que suscita el compromiso valorativo del que parte, defendiéndolo como un punto crucial de sus tesis; afronta la acusación de «acentificalidad», discutiendo exitosamente la aplicabilidad al derecho de presupuestos epistemológicos elaborados sobre el modelo de las

ciencias naturales; y demuestra que la libre discusión, crítica y confrontación de los enunciados de la dogmática y de las cadenas argumentales que los sustentan, en procura de obtener consenso en la comunidad científica, se constituye en un mecanismo eficaz para el control racional de las tesis, resultando una metodología idónea para superar aquellas imputaciones críticas.

Advierte que quien suministra racionalidad a las proposiciones jurídicas son las razones o argumentos que las apoyan, más que la efectiva obtención de consenso sobre ellas. Por eso, cierra el Capítulo III fijando las «Reglas y principios que deben respetarse en la construcción de las diversas cadenas argumentales», en una propuesta metodológica que permita la obtención de enunciados dogmáticos «materialmente correctos ... en orden a las metas o fines que el dogmático asigne a la construcción de que se trate en el marco del sistema general del derecho penal».

Para ello distingue las argumentaciones en tres niveles: en el primero, que sirve para fundar la elección de las premisas valorativas que le sirven de base para la construcción del sistema, el jurista «opera en un marco sin controles excesivamente rígidos» en el que existe una «amplia libertad»; no obstante, la elección debe mostrarse «conforme con la Constitución» y no contraponerse a las investigaciones empíricas. Esta situación enfrenta con la opción entre «valores sin referencia político criminal directa (valores absolutos)» y «consideraciones político criminales relativas a los fines del Derecho Penal» que es la que elige el autor. Por «derivación razonable», fundamentalmente axiológica, de estas premisas, se accede al segundo nivel, esto es, el de las categorías básicas que compondrán el sistema: dolo, error, autoría y participación, etc.; hasta el tercer nivel, en el que la argumentación se da ya en el seno del sistema construido, estando dirigido a fundamentar la adopción de soluciones problemáticas puntuales, dentro de las categorías básicas del segundo nivel.

En el Capítulo IV, que está destinado, específicamente, a los «Fines del Derecho Penal en el estado contemporáneo», el autor erige a éstos, como ya se sugirió en este comentario, en algo más que en los inspiradores de la construcción dogmática, pues los reconoce como la razón justificante del derecho penal moderno frente a modelos anteriores y a los otros medios de control social.

En efecto, afirma que el ejercicio de la punición encuentra su razón última en la entramada tensión permanentemente existente entre las distintas finalidades que se le asignen al derecho penal: «prevención general de delitos y de reacciones informales de la sociedad»; «reducción de la propia violencia estatal» y «preservación de las garantías individuales». Cada uno de estos fines posee su propia lógica que pugna por imponerse a los otros. Aquéllos y ésta, conformando una síntesis integradora, componen los fundamentos últimos del derecho penal actual.

De este modo el derecho penal, y en especial, «el mal de la pena», resultará legitimado como «mal menor» por el cumplimiento de las finalidades de prevención general objetivadas en la capacidad de reducir al mínimo posible el grado de violencia (en sentido amplio) que se genera en una sociedad, al mínimo costo intervencionista posible; y todo ello dentro del marco garantístico que inspira la Constitución del Estado.

El Derecho Penal se muestra así como el producto de una relación dialéctica entre, por un lado, la finalidad de eliminar la violencia social extrapenal y por el otro, la de disminuir la propia violencia del sistema penal, todo ello en el marco de la finalidad garantística plasmada en los principios liberales de legalidad, humanidad, resocialización, etc.

En este trípode de fines; en los tres fines, integrándose y resolviendo las permanentes tensiones que sus respectivas lógicas van generando, asienta Silva Sánchez la razón justificatoria del Derecho Penal y su carga inmanente de violencia institucional.

En su concepción, la defensa de las garantías es emplazada en un fin más a cumplir por el derecho penal, tan legítimo como los otros dos, y no tan solo en un límite a los otros fines. Así presentados, esto es, desde la perspectiva de su eficacia como legitimadores del Derecho penal, se ubican en el plano de un deber ser ideal o crítico, más que en el normativo vigente o en el ocurre efectivamente en una comunidad determinada.

He presentado en una prieta síntesis lo que me ha parecido fundamental de este Capítulo IV, aun a riesgo de traicionar groseramente el pensamiento del autor, pero no quiero exceder los límites de este comentario. No obstante, debo señalar que para llegar a las conclusiones que anticipara en los párrafos precedentes, el profesor de Barcelona, fiel a su estilo, analiza críticamente tanto las concepciones tradicionales como las más recientes, acerca del fundamento legitimador de la intervención jurídico penal, y expone con detalle, dentro del trascendente marco que les asigna, el contenido de las distintas garantías individuales.

La quinta y última parte del libro se titula «Fines de las normas jurídico penales y sistema dogmático del delito», y en ella se articulan las tesis desarrolladas en los capítulos precedentes, con la construcción del modelo de delito que propone.

En efecto, luego de afirmar que el derecho penal cumple sus fines poniendo en ejecución normas, resulta lógico que comience el Capítulo presentando la problemática de éstas en su clasificación como primarias (normas de conducta dirigidas a las gentes, que basadas en razones de política criminal, determinan el ámbito de lo merecedor y necesario de prohibición penal desde una perspectiva «ex-ante») y secundarias (normas de sanción que se dirigen a los jueces, acotando lo sancionable, «ex-post») y sentando posición sobre cuestiones tales como su naturaleza (se trata de normas jurídico penales —no extrapenales—, dirigidas a los ciudadanos, extraídas de los enunciados legales), y contenidos, esto es, por una parte, como mandatos y prohibiciones y por la otra, como proposiciones permisivas que cuando concurren, producen una colisión de valoraciones que se expresa en la norma aplicable al caso, que puede admitir o no en concreto la permisión, y cuyo contenido resulta relevante para la motivación. Desde el punto de vista de su función en la sociedad y frente al individuo, que propone su calificación como valorativas o imperativas, elige esta última posición luego de rebatir diversas críticas que se le han dirigido.

Coherente con lo que ha venido sosteniendo, Silva Sánchez elabora su propio sistema dogmático del delito desde la perspectiva teleológico funcionalista, utilizando la teoría de las normas como el instrumento esencial para el cumplimiento de aquellos fines preventivos y garantísticos que, como se vio, lo legitiman.

Así, sirviéndose de la distinción entre norma primaria y secundaria, sostiene que el delito ha de analizarse como hecho infractor de la norma primaria, configurando la antijuricidad; y como hecho que contiene los presupuestos de aplicación de la norma secundaria, lo que corresponde a la «sancionabilidad penal».

Resumiendo con palabras del autor: «la teoría del delito debe orientarse a los fines del derecho penal; las normas penales constituyen el mecanismo fundamental de cumplimiento de los fines... por tanto, la orientación de la teoría del delito a los fines del derecho penal pasa por la configuración del mismo sobre la base de la diferenciación de las misiones propias de las normas primarias y las normas secundarias».

En esta estructura básica bipartita se expresan dos decisiones político criminales: la que permite calificar al hecho como «infractor de normas primarias penales», y la que lo sindica como penalmente sancionable.

La primera implica la violación de una prohibición abstracta conformada «ex-ante», que se consideró necesario, adecuado y eficaz adoptar; que requiere, además, que revista el carácter de acción (pues la prevención por normas solo puede tener por objeto comportamientos humanos conscientes y voluntarios); que constituya un riesgo relevante para un bien jurídico (pues solo una agresión de este tipo puede legitimar la limitación a la libertad que conlleva la prohibición abstracta del hecho), y que no se encuentre amparado por causas de exclusión de lo injusto.

La otra decisión, que corresponde a la «sancionabilidad penal» del hecho, depende de consideraciones de necesidad concreta de pena valorada «ex-post». Exige «culpabilidad o atribuibilidad individual del hecho a un determinado sujeto» y «lesividad, en el sentido dogmático de resultado de lesión o peligro para el bien jurídico», lesividad «no compensada de modo suficiente por un resultado de salvaguardia para otro u otros bienes jurídicos».

La concepción de la antijuricidad que propugna el autor parte, desde luego, de los fines que asigna al derecho penal, por lo que debe tomar en cuenta las necesarias referencias a bienes jurídicos, por su función garantizadora, y al mecanismo para su protección, consistente en la motivación mediante la amenaza de pena. De este modo, el fundamento de lo injusto aparece constituido por «... una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico penales». Por su estructura, solo puede tratar de incidir sobre conductas que el sujeto pueda «conducir y evitar», es decir, las dolosas o culposas. Ella deberá ser ponderada como que contiene un «riesgo especialmente grave para bienes jurídico penales», en su unidad objetiva-subjetiva, con el criterio de un observador medio situado «ex-ante».

En ese esquema, el resultado (entendido como «realización típica contemplada «ex-post»»), por su inexistente función motivadora, carece de significación en este plano, por lo que lo remite al de la norma secundaria, al de la sancionabilidad.

En el sistema, esto se refleja considerando a la tipicidad (a la que concibe, por otra parte, como uno de los tres subniveles diferenciados de la antijuricidad), distinguiendo entre el «tipo de injusto» (expresión de un «injusto específico penalmente típico» —o sea, como merecedor de ser prohibido bajo amenaza de pena—) y el «tipo punible», que expresa un «injusto específico penalmente típico y sancionable, además, con una pena». Aquí se reproducen, a nivel del tipo, las valoraciones caracterizables como «ex-ante» que se mueven en el plano de la norma primaria, y «ex-post», que corresponden a la norma secundaria.

Los tres «subniveles» incidentalmente aludidos en el párrafo anterior son la acción, la conducta penalmente típica y las causas de exclusión del injusto penal.

Respecto de la acción justifica su autonomía relativa por constituir el elemento común relevante para todas las formas de aparición del delito, y por su función negativa de excluir «ab-initio» situaciones insusceptibles de asignarles una «atribución de sentido».

Sobre la tipicidad objetiva, el autor remite a otros trabajos suyos, sin perjuicio de lo que ya se resumiera. En cambio le dedica a la configuración del dolo preferente atención, por ser uno de los ámbitos en los que se puede percibir con mayor nitidez la incidencia de las concepciones teleológicas, tanto en lo que hace a su ubicación sistemática como a su estructura, que comprende a todos los elementos de la conducta que la hacen, ex-ante, penalmente relevante.

En efecto, «el objeto del dolo viene constituido por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico penales». De tal modo, ni la causalidad, ni la imputación objetiva, ni el resultado, caen dentro de su ámbito: pero si integra su objeto, la situación de no justificación. Opta por asignarle al dolo un contenido exclusivamente cognoscitivo, remitiendo la voluntariedad a la acción, pues constituye un elemento común a hechos dolosos y culposos.

De este modo, el conocimiento o no del significado típico de la conducta (entendido como «conocimiento del contenido de sentido social del hecho» —con sus implicancias para el error—) realizada voluntariamente, da la estimativa de la actuación dolosa o culposa; y el dolo eventual deviene «el arquetipo de dolo».

Resta una breve mención de la sugerente distinción que retoma Silva Sánchez, lamentablemente sin agotarla en esta obra, entre las «causas de exclusión del injusto penal» y las «causas de justificación strictu sensu». Las primeras, con designio teleológico, se dejan influir por criterios de necesidad y justificación político criminales, específicamente atinentes a la prohibición penal. Las segundas, dado que son comunes a todo el ordenamiento jurídico, deben permanecer ajenas a aquellos fines específicos. Con esta temática crucial concluye esta parte de su construcción de la teoría del delito, signada por la estructura y función de la norma primaria como instrumento de los fines atribuidos al derecho penal.

Le sigue el «Ámbito de los presupuestos de la aplicación de la norma secundaria», esto es, la problemática de la «sancionabilidad penal». A ella pertenecen la culpabilidad o atribuibilidad individual del hecho al sujeto y la lesividad, que comprende la tipicidad en sentido estricto (ex-post), la ausencia de punibilidad y las causas de exclusión del injusto por valor del resultado y la justificación ex-post. Esto se plantea cuando, luego de tomada la decisión político criminal más importante, esto es, la prohibición del hecho bajo amenaza de pena, ex-post no se considere necesaria su sanción concreta.

Luego de presentar la cuestión, advierte las dificultades que se han señalado para una diferenciación tajante de los ámbitos de las normas primaria y lítico criminales del merecimiento de pena y de necesidad de pena, pues ellos atraviesan todas las categorías del sistema. No obstante, el autor cree poder hacerlo, ya que los presupuestos de la sancionabilidad penal (norma secundaria), no añaden al hecho un plus de merecimiento de pena al que ya le era propio de acuerdo con la norma primaria, lo que denotaría que este juega un papel «considerablemente inferior en el ámbito de la norma secundaria».

Sin embargo, los fines de prevención y garantizadores que impregnán las tesis de Silva Sánchez, también se hacen sentir como fundamento de la culpabilidad, que aparece así totalmente ajena al «poder actuar de otra manera» como fundamento. Consecuentemente afirma: «todas las causas que excluyen la culpabilidad responden al igual que la propia configuración de la categoría, a una integración de consideraciones utilitaristas de necesidad o innecesariedad de pena y de consideraciones garantísticas, derivadas de principios como el de igualdad o humanidad o tolerancia». Aquí también se observa la ya apuntada tensión entre fines, de la que depende, en definitiva, la exigibilidad y la configuración de los requisitos de las diferentes causas de exclusión.

Para cerrar este tema se ocupa de un problema polémico: la relación entre las causas de justificación y las llamadas «causas de exculpación» en un sistema teleológico del derecho penal. El autor admite que en todas estas causas, además de una situación motivacional anormal en el autor, se produce una disminución del contenido de injusto en el hecho, con lo que se las podría caracterizar como de «justificación incompleta». Ello hace que la diferencia entre uno y otro tipo de causas sea de grado, y que un cambio

de valoración pueda hacer que el legislador convierta una causa de exculpación en una de justificación. De todos modos, reconoce que la cuestión requiere un mayor análisis.

El último punto que trata el libro que presento se refiere también a otra cuestión polémica: el resultado, su enclave en la teoría y su significación.

Con la concepción de las normas de las que parte, resulta coherente sostener que el resultado, entendido como lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no integra el imperativo que constituye la norma primaria y, consecuentemente, queda fuera de la antijuricidad, de la prohibición, para ocupar su lugar en el ámbito de la sancionabilidad, terreno, como vimos, de la norma secundaria. En este punto se encarga de aclarar que esta reubicación no le quita importancia en su modelo teórico, sino todo lo contrario; y que tampoco favorece a quienes se inclinen por la proliferación legislativa de delitos de peligro en detrimento de las descripciones de conductas penales de lesión, pues esa discusión reconoce presupuestos distintos e independientes.

En los delitos de resultado material, la imputación objetiva del resultado integra la problemática de la norma secundaria; además como ya se señaló, ni éste ni su imputación son objeto del dolo, pues solo la conducta «ex-ante» peligrosa para el bien jurídico lo constituye. Aquel, como un componente meramente azaroso, no afecta a la posibilidad de prohibir el hecho ex-ante, aunque influye decisivamente en las consideraciones sobre «necesidad de pena».

Por último, luego de reconocer que el resultado es prueba, («a veces la única segura»), de la peligrosidad insita en la conducta para su valoración como prohibida «ex-ante», toca la cuestión de los «resultados salvadores», que no responden a un proceso conducido hacia él por el agente, concluyendo que dejan inalterado el injusto penal del hecho, si bien con una fuerte disminución de la necesidad de pena lo que abriría las puertas para aplicar las soluciones de la tentativa inidónea, en la que no se verifica la confirmación de la peligrosidad ex-ante de la conducta que la constituyera en prohibida.

Con la sugerencia flotando de múltiples caminos a explotar, termina Silva Sánchez esta «Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo», título en rigor modesto atento el denso contenido de sus cuatrocientas veinte páginas que se leen, no obstante, con facilidad y placer por la elegancia de su estilo y la claridad con que transmite las ideas que va exponiendo.

Es una obra que en mi experiencia de lector y comentarista tiene una singular virtud: facilitar el diálogo con su autor. Y generalmente, la respuesta a los interrogantes que suscita y que son los que concitan al diálogo, se encuentran en el propio texto. Se podrá coincidir o no con ella, pero ahí están. Silva Sánchez nunca rehuye asumir una posición ni a su capacidad docente para transmitirla.

Por último, estimo que no le haría honor a los merecidos elogios que le he dispensado al autor y a su obra en esta nota, si no intentara sugerir una modesta crítica o, quizás más exactamente, una perspectiva desde la cual se pueden encontrar bases adicionales, en mi opinión más sólidas, a la finalidad garantística que Silva Sánchez, con razón, erige en uno de los justificantes del derecho penal contemporáneo.

Creo, siguiendo a Carlos Nino, que las constituciones escritas en general no cumplen una función relevante en la justificación valorativas de los razonamientos prácticos, ni en la determinación de la validez de las normas del sistema que requieren, obviamente, de una previa validez que la Constitución no puede autoadjudicarse. Ello, sin contar con que la triste historia de este siglo parece demostrar que no es posible confiar sólo en que las constituciones resulten una barrera eficaz frente al autoritarismo es-

tatal, sino que es preciso buscar discursos más sólidos que la históricamente voluble letra escrita.

Creo también que ese discurso es el de los derechos humanos, concebido no como conjunto de reglas escritas, aceptadas por convenios internacionales o instrumentos de derecho interno, sino como derechos morales, obtenidos por derivación lógica de las reglas de la discusión moral, e introducidos al campo jurídico mediante una redefinición consistente del concepto de derecho.

Este discurso, que como todo discurso y en especial por ser jurídico, pretende imponer su poder, coloca a quien ha de resolver una situación lesiva de derechos humanos básicos desconocidos o contradichos por normas jurídicas expresas, ante la decisión de aplicar la norma autoritaria con el argumento moral de su obligatoriedad por ser derecho positivo, o no aplicarla por la razón moral de que desconoce aquel discurso.

De este modo, al desnudar la índole de la decisión y parificalas en cuanto tales, se desarma el argumento frecuentemente invocado, de la aplicabilidad obligatoria del derecho positivo por el solo hecho de ser tal, pues su aplicación ante situaciones en que se desconocen derechos humanos básicos prioritando a aquel frente a éstos, es una decisión moral que incumbe exclusivamente a quien ha de tomarla.

Si la alternativa que aquí presento en pro de basar la fundamentación garantística asignada al derecho penal en el discurso de los derechos humanos, fuera introducida en este magnífico trabajo, creo, como se lo he sugerido al autor en una comunicación personal, que aparecería bajo un nuevo escorzo.

JUAN JOSÉ AVILA

*Profesor Regular de Derecho Penal de la
Universidad de Buenos Aires*

NOTICIARIO

En la redacción de la Revista se ha recibido el siguiente comunicado que, por su interés, reproducimos:

Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida aprobado en Valencia el 16 de noviembre de 1991, de acuerdo con las pautas en él marcadas así como en la reunión de trabajo mantenida en Madrid el 26 de junio de 1992, aprueban la siguiente

PROPUESTA ALTERNATIVA AL TRATAMIENTO JURIDICO DE LAS CONDUCTAS DE TERCEROS RELATIVAS A LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA

Exposición de motivos

1. La problemática de la disponibilidad de la propia vida a partir de la intervención de terceros abarca una gran pluralidad de situaciones. Ello aconseja realizar, con carácter previo a la exposición y fundamentación de las diversas propuestas de reforma legal, un adecuado deslinde de cada una de esas situaciones, exponiendo a continuación cuál deba ser, en cada caso, su tratamiento jurídico-penal.

En su identificación se han eludido, intencionalmente, el uso de expresiones terminológicas habituales en la literatura especializada, tales como «eutanasia pasiva», «eutanasia indirecta», «eutanasia activa», «ortotanasia», «distanasias», etc., ya que no siempre hay acuerdo sobre lo que cada una significa y que, además, determinadas denominaciones utilizan adjetivos que pueden resultar equívocos, en estrictos términos jurídicos.

Se ha preferido realizar un conjunto de descripción de situaciones, lo más precisas y breves posible. Además, y para facilitar aún más su comprensión, procederemos en primer lugar a definir cada una de las expresiones empleadas en tales descripciones, evitando así inútiles reiteraciones.

Definiciones

Por «*muerte*» se entenderá la muerte clínica cerebral, que se produce cuando concurren todos los requisitos establecidos para la previa comprobación de la muerte en el art. 5.1 de la ley 30/79 de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos y en el art. 10 del RD. 426/80 de 22 de febrero por el que se desarrolla la ley precedente.

Por «*vida vegetativa*» se quiere aludir a aquellas situaciones en que la persona, según los actuales conocimientos médicos, ha perdido de modo irreversible la conciencia, y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno. Se piensa fundamentalmente en personas que padecen un síndrome apálico, como en casos de coma profundo e irreversible.

Por «*enfermo terminal*» se entiende aquella persona que, como consecuencia de una lesión o enfermedad, padece, según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable y que le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte.

Por «*prolongación artificial del proceso irreversible de muerte*» se entiende la aplicación a un enfermo terminal de todo tipo de tratamientos médicos o quirúrgicos, con inclusión de los procedimientos y aparatos propios de la medicina intensiva, que se limitan, por medio del mantenimiento, reactivación o sustitución de las funciones vitales, a prolongar el proceso natural de muerte, posponiendo el momento de ésta.

Por «*situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima*» se entiende aquella situación en que se encuentra una persona que, como consecuencia de una lesión o enfermedad, padece, según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable y, bien merece el calificativo de enfermo terminal, bien el de enfermo de muerte en cuanto que su afección le conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado.

Por «*lesión, enfermedad o minusvalía incurables y permanentes*» se entienden aquellas respecto a las cuales, según los actuales conocimientos médicos, no existen posibilidades fundadas de curación y hay seguridad o gran probabilidad de que van a persistir durante el resto de la existencia de esa persona.

Por «*graves sufrimientos padecidos*» deben entenderse no sólo dolores sino cualesquier situaciones de carencia de bienestar físico o psíquico que, siendo consideradas socialmente de importancia, resultan subjetivamente insoportables para el afectado.

Por «*eutanasia prematura*» se entiende todo comportamiento activo u omisivo que conlleve la interrupción o no iniciación de los tratamientos médicos o quirúrgicos que mantienen de modo permanente o temporal la vida de un recién nacido que no va a

adquirir nunca la conciencia, o que prolongan artificialmente su proceso irreversible de muerte, o que garantizan su supervivencia a costa de un uso masivo y necesariamente permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

Por «*situación susceptible de eutanasia prematura*» se entiende aquella en que se encuentran recién nacidos que, según los actuales conocimientos médicos, no van a adquirir la conciencia y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno de algún modo, o cuyas afecciones incurables, bien les colocan de modo irreversible en el proceso que conduce inevitablemente a la muerte en un plazo breve sin que cualesquiera tratamientos médicos o quirúrgicos, con inclusión de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva, puedan hacer otra cosa que prolongar ese proceso a través del mantenimiento, reactivación o sustitución de las funciones vitales, bien dan lugar a que su supervivencia esté ligada de modo necesariamente permanente al uso masivo de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

Por «*supresión*» de vida vegetativa se entiende todo comportamiento activo u omisivo que conlleve la interrupción o no iniciación de los tratamientos médicos o quirúrgicos que mantengan de modo permanente o temporal esa vida con pérdida irreversible de conciencia.

Por «*supresión*» de la prolongación artificial del proceso irreversible de muerte se entiende todo comportamiento activo u omisivo que conlleve la interrupción o no iniciación de los tratamientos médicos o quirúrgicos que prolongan artificialmente el proceso irreversible de muerte.

Por «*eliminación o mitigación*» de graves sufrimientos debe entenderse la supresión o atenuación del estado de carencia de bienestar físico o psíquico antes aludido por medio de la aplicación de un tratamiento orientado de modo directo a liberar o aliviar de tales graves sufrimientos. Incluye la producción de una disminución o pérdida de conciencia reversibles.

Por «*con repercusión en un acortamiento de la vida*» se alude a un efecto posible, probable o incluso seguro que se deriva colateralmente de la aplicación de un tratamiento orientado de modo directo a liberar o aliviar de graves sufrimientos, no evitables o notoriamente atenuables de otro modo, y siempre que no consista éste en la provocación inmediata de la muerte, de una situación de enfermedad terminal o de una pérdida de conciencia irreversible.

Por «*eliminación*» de graves sufrimientos... «*por medio de provocación de muerte inmediata*» se alude a la producción de modo inmediato de la muerte, de una situación de enfermedad terminal o de una pérdida de conciencia irreversible por medio de la aplicación de medidas orientadas de modo directo a liberar a esa persona de graves sufrimientos, no evitables o notoriamente atenuables de otro modo.

Por «*incapacitación de manera generalizada para valerse por sí mismo*» se entiende la imposibilidad física en que se encuentra la persona afectada para causarse a sí misma la muerte.

Por «*solicitud seria*» en este contexto se entiende aquella que ha sido formulada por el sujeto, bien en condiciones existenciales desfavorables que son consideradas socialmente de importancia y que le resultan subjetivamente inaceptables, bien padeciendo graves sufrimientos, y que además se presta, a juzgar por su reproducción durante un período de tiempo suficientemente significativo en el caso concreto, de modo que elimina cualquier tipo de duda razonable sobre el carácter definitivo de su decisión.

2. A partir de lo anterior procede hacer la siguiente clasificación y tratamiento jurídico de cada uno de los supuestos:

I. Hipótesis en las que no se contribuye al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida:

a. Eliminación o mitigación de graves sufrimientos sin repercusión en un acortamiento de la vida

En estas hipótesis la conducta activa u omisiva, de autoría o participación, siempre que no haya oposición expresa o presunta, debe considerarse impune.

Cabe imaginar raras hipótesis de oposición expresa o presunta, p.e. si la eliminación o mitigación de graves sufrimientos implica una pérdida de conciencia que no desea el afectado, que podrán dar lugar a conductas típicas de coacciones.

b. Actuaciones en situación de muerte clínica (cerebral)

Si concurren todos los elementos que permiten hablar de muerte en sentido jurídico ya no hay bien jurídico vida, por lo que todos los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación, son penalmente irrelevantes.

En todo caso la relevancia penal surgirá desde la perspectiva del delito de profanación de cadáveres y en conexión con la legislación administrativa sobre trasplantes de órganos, realización de autopsias y policía sanitaria mortuoria.

II. Hipótesis en las que se contribuye al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida:

A. Ambito médico-asistencial.

a. Supresión de vida vegetativa en situación irreversible

La conducta activa u omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune mientras no haya oposición expresa o presunta.

En caso de oposición la conducta típica de homicidio podrá justificarse, eventualmente, en virtud de un conflicto de intereses o de una colisión de deberes.

b. Supresión de prolongación artificial de proceso irreversible de muerte (enfermos terminales)

La conducta activa u omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune mientras no haya oposición expresa o presunta.

En caso de oposición la conducta típica de homicidio podrá justificarse, eventualmente, a través de un conflicto de intereses o de una colisión de deberes.

c. Eutanasia prematura

La conducta activa u omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune mientras no haya oposición expresa o presunta.

En caso de oposición la conducta típica de homicidio podrá justificarse, eventualmente, a través de un conflicto de intereses o de una colisión de deberes.

d. Eliminación o mitigación de graves sufrimientos padecidos en una situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima, con repercusión en un acortamiento de la vida

Si media solicitud, la conducta activa u omisiva, de autoría o participación, deberá considerarse impune.

En ausencia de solicitud, las conductas citadas serán típicas; cabrá examinar si concurren causas de menor culpabilidad.

e. Eliminación de graves sufrimientos padecidos en una situación de certeza o riesgo considerable de muerte próxima, por medio de provocación de muerte inmediata

Si media solicitud del afectado los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación, deberán ser impunes.

Con todo, la inducción deberá seguir siendo antijurídica, si bien podrá examinarse la presencia de una menor culpabilidad (1).

En ausencia de solicitud del afectado las conductas citadas realizarán el tipo del homicidio.

f. Eliminación de graves sufrimientos derivados de una lesión, enfermedad o minusvalía incurables y permanentes, por medio de la provocación de una muerte inmediata

Si media solicitud del afectado los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación, deberán ser impunes en los casos en los que el afectado esté incapacitado de manera generalizada para valerse por sí mismo (2).

Con todo, la inducción deberá seguir siendo antijurídica, si bien podrá examinarse la presencia de una menor culpabilidad (3).

En ausencia de solicitud del afectado todas las modalidades de conducta realizarán el tipo del homicidio.

B. *Suicidio.*

Si media solicitud del afectado deberán ser impunes todos los comportamientos omisivos de autoría o participación, así como la complicidad y cooperación necesaria activas.

Deberán penarse de forma atenuada respecto al homicidio y equiparados en penalidad, los comportamientos activos de autoría e inducción. En ellos deberá atenderse cuidadosamente a la posible apreciación de una menor culpabilidad (4).

En ausencia de solicitud del afectado todas las modalidades de conducta realizarán el tipo del homicidio.

Para alcanzar los resultados defendidos anteriormente parece imprescindible proponer las siguientes reformas de nuestro ordenamiento jurídico:

Propuesta de reforma de la Ley General de Sanidad

Uno. El art. 10 en sus números 5 a 9 queda redactado del modo siguiente:

Art. 10. 5.

·Pasa a tener la siguiente redacción:

«A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad».

Art. 10.6.

Pasa a tener la siguiente redacción:

(1) Una opinión minoritaria considera que la inducción deberá resolverse como los restantes supuestos de participación.

(2) Para una opinión minoritaria también deberán ser impunes todos los comportamientos omisivos de autoría y participación, así como los comportamientos activos de complicidad y cooperación necesaria aun cuando el afectado pueda valerse por sí mismo.

(3) Una opinión minoritaria considera que la inducción deberá resolverse como los restantes supuestos de participación.

(4) Una opinión minoritaria considera que deben quedar impunes todos los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación. Otra opinión minoritaria considera punibles todos los comportamientos activos u omisivos, de autoría o participación.

«A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento».

Art. 10.7.

Pasa a tener la siguiente redacción:

«A la previa elección de tratamiento entre las opciones que presente el responsable médico de su caso, en los siguientes términos:

a) Todo tratamiento médicaamente indicado precisará del consentimiento previo informado, libre y no obtenido por precio o recompensa del paciente o, en su caso, de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas, salvo imposibilidad de averiguación de la voluntad de aquel o éstos, o supuestos de riesgo para la salud pública.

b) El consentimiento exige la capacidad de la persona para consentir, la cual se dará en todo aquel que tenga capacidad natural de juicio para comprender, una vez informado, el sentido y trascendencia de su resolución y para decidir en consecuencia.

c) El consentimiento del paciente deberá ser expreso y por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se podrá intervenir médicaamente a partir del consentimiento verbal o tácito del paciente sumariamente informado.

d) En caso de incapacidad o imposibilidad de manifestación de la voluntad del paciente de modo permanente, o de modo transitorio pero sin que proceda médicaamente una demora del tratamiento, el derecho a consentir corresponderá a los representantes legales, familiares o personas a él allegadas en el orden legalmente previsto, quienes deberán expresarlo por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se podrá intervenir médicaamente a partir del consentimiento verbal o tácito de los citados representantes legales, familiares o personas a él allegadas sumariamente informadas.

e) En su defecto habrá que atenerse a la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz, la cual resultará igualmente determinante cuando la decisión de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas sea claramente contraria a ella.

f) Todo consentimiento a un tratamiento podrá ser revocado, en cualquier momento, por su otorgante y, en todo caso, por el paciente capaz.

Art. 10.8.

Pasa a tener la siguiente redacción:

«a) El consentimiento previo al que se refiere el número anterior no será preciso en relación con la interrupción o no iniciación de tratamientos que, dados los actuales conocimientos médicos, se limitan a mantener de un modo temporal o permanente una vida carente de modo irreversible de conciencia, o a prolongar artificialmente un proceso irreversible de muerte, o a asegurar la supervivencia de un recién nacido a costa de un uso masivo y permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

No obstante, salvo opinión fundada del médico responsable, no podrá procederse a tal interrupción o no iniciación del tratamiento si concurre la oposición del paciente o de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas en condiciones, y con los requisitos, equivalentes a los que rigen para el consentimiento previo a un tratamiento médicaamente indicado, una vez debidamente informados.

b) Asimismo deberá procederse a la interrupción o no iniciación de los tratamientos descritos, o a la aplicación de tratamientos directamente orientados a eliminar o mitigar los graves sufrimientos no evitables de otro modo padecidos por un paciente que, según los actuales conocimientos médicos, se encuentra en situación terminal, en-

fermo de muerte o con una afección incurable y permanente, aun cuando aquellos conlleven de modo colateral un acortamiento de la vida, si así lo solicita al responsable médico del caso el paciente o sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas en condiciones, y con los requisitos, equivalentes a los que rigen para el consentimiento previo a un tratamiento médicamente indicado.

c) En todo caso merecerá la consideración de solicitud del paciente, en defecto de la que éste pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones, la declaración en tal sentido expresada por escrito ante notario por un mayor de 18 años con capacidad para consentir, de modo libre, sin que medie precio o recompensa y alusiva de modo genérico pero inequívoco a todos o parte de los tratamientos mencionados en el párrafo anterior, una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y no más de cinco años.

Condición de su eficacia será que se haga llegar el conocimiento de la existencia de la declaración, y una forma sencilla para averiguar fielmente su contenido, al médico responsable del paciente o al centro sanitario en que es atendido, por el propio declarante, cualquier otra persona o por el preceptivo examen de la documentación y pertenencias personales que el paciente lleve consigo.

La citada declaración podrá ser revocada en cualquier momento por su otorgante, aun si ha devenido incapaz, sin sujeción a las formalidades precisas para su otorgamiento. Tampoco deberá ser tenida en cuenta cuando haya razones fundadas para pensar que ya no coincide con la voluntad del paciente».

Art. 10.9.

Pasa a tener la siguiente redacción:

«La negativa a consentir un tratamiento no determinará el alta médica».

Dos. El art. 11 en su número 4 queda suprimido.

Fundamentación

El predominio que en la problemática del ejercicio de la disponibilidad de la propia vida poseen las situaciones eutanásicas, y la extrema conveniencia de que éstas se resuelvan en la medida de lo posible en un contexto médico-asistencial, hacen que presupuestado de cualquier regulación dispuesta a reconocer la voluntad de morir del afectado sea el efectivo y general reconocimiento en la legislación sanitaria del derecho del paciente a decidir libremente, una vez debidamente informado, el tratamiento médico que se le vaya a aplicar.

Nuestra Ley general de sanidad presenta importantes deficiencias al respecto ya que, ni precisa con el debido cuidado quién tiene capacidad para aceptar o rechazar un tratamiento y en qué condiciones, ni deja suficientemente claro si persiste el derecho a negarse al tratamiento cuando amenacen lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento, ni coordina adecuadamente el ámbito de la capacidad de decisión del paciente y la de sus representantes, sin olvidar la sorprendente obligación de pedir el alta, o darla de oficio, en caso de negativa al tratamiento, por no citar más que algunos de los defectos más sobresalientes.

La propuesta que aquí se hace, fundamentalmente recogida en el nuevo *art. 10 número 7*, no se limita a eliminar todas esas insuficiencias sino que diseña un cuidadoso modelo al que puedan ir referidas cualesquiera intervenciones médicas.

En él se asegura que todo consentimiento cumpla unas ineludibles condiciones de capacidad y validez, acomodadas en todo caso a las diversas situaciones susceptibles de producirse, se consolida la intervención subsidiaria de los representantes del paciente en condiciones claramente establecidas y con requisitos equivalentes a los formulados para el consentimiento del paciente, y sólo excepcionalmente se permite intervenir médicaamente a falta de la conformidad del paciente o sus representantes.

Resuelto este problema previo, el propuesto *art. 10 número 8* pretende introducir la problemática específica de determinadas situaciones eutanásicas en el contexto anterior. En efecto, se considera que todos aquellos comportamientos eutanásicos que no implican la producción directa de la muerte son susceptibles de ser abarcados en el marco de la *lex artis* en el ejercicio de la medicina. De ahí que su lugar de tratamiento más adecuado deba de ser la legislación sanitaria y, dentro de ella, los preceptos que regulan el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento. Todo ello sin perjuicio de las inmediatas repercusiones que su legitimidad en este ámbito tenga en el ámbito jurídico-penal.

La regulación que se propugna tiene su núcleo en el propuesto *art. 10 número 8 letra b*, en donde se establece el derecho del paciente o sus representantes, en condiciones de solicitud equivalentes a las del consentimiento que regiría de manera general para todo tratamiento médico, a que se adopten sobre el afectado actitudes eutanásicas.

A su vez el propuesto *art. 10 número 8 letra a*) atendería adicionalmente aquellos supuestos, parcialmente superponibles con los anteriores, en que sólo la oposición del paciente o sus representantes puede impedir al médico el interrumpir o no iniciar un tratamiento.

Por lo demás, aun estando presente tal oposición, no pueden excluirse hipótesis en que deba primar la decisión del médico favorable a la interrupción o no iniciación del tratamiento.

Finalmente el *art. 10 número 8 letra c*) opta expresamente por la relevancia de la «declaración vital» en este ámbito, haciendo una regulación prudente de las condiciones para su validez.

Propuesta de reforma de la Ley de Regulación del Contrato de Seguro

Unico. Se introduce un nuevo art. 93 bis en los siguientes términos:

«La existencia de la declaración vital a que se refiere el art. 10.8.c) de la Ley general de Sanidad será irrelevante para la relación del seguro».

Fundamentación

Se pretende evitar expresamente una de las consecuencias jurídicas más negativas que podría acarrear una utilización abusiva del hecho de que exista una declaración vital.

Esta reforma debería marcar la pauta en cualesquiera otros ámbitos jurídicos en los que se pretenda eventualmente realizar interpretaciones abusivas semejantes.

Propuesta de reforma del Código penal

Uno. El art. 408 queda redactado del modo siguiente:

«El que ejecutare activamente la muerte de persona mayor de 18 años que tenga capacidad natural de juicio, a su solicitud expresa, libre y seria, será castigado con la pena de prisión menor.

No será punible la producción de la muerte de otro por parte de un médico o de cualquier otra persona bajo su dirección, si media la solicitud expresa, libre y seria de una persona mayor de 18 años que tenga capacidad natural de juicio, siempre que ésta padezca graves sufrimientos no evitables ni notoriamente atenuables de otro modo y que se deriven de una afección incurable que le conducirá próximamente a la muerte o que, siendo permanente, le incapacita de manera generalizada para valerse por sí misma» (5).

Dos. El art. 409 queda redactado del modo siguiente:

«El que indujere a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión menor.

Igual pena se aplicará al que coopere al suicidio de otra persona sin que concurran los requisitos de capacidad y solicitud expresados en el art. 408» (6).

Fundamentación

En el *primer párrafo del art. 408* se opta por la punición atenuada respecto al tipo de homicidio de los comportamientos activos de autoría en la muerte de otro a su petición.

Se presta especial atención a la capacidad para hacer la solicitud, que está limitada a los mayores de 18 años capaces y a las características que debe poseer, de modo que es irrelevante toda solicitud que no sea expresa, libre y seria, sin que quepa ningún tipo de representación. Los comportamientos que no satisfagan tales requisitos deberán resolverse de acuerdo a los restantes tipos de homicidio.

El empleo de la locución «ejecutare activamente» pretende dejar fuera de este tipo los comportamientos de autoría omisivos, que serán impunes siempre que se den los requisitos de capacidad y de solicitud mencionados, pudiendo proceder en otro caso la aplicación de los tipos de homicidio.

En el *segundo párrafo del art. 408* se quiere asegurar la impunidad de las conductas más significativas de eutanasia, que abarcan la producción directa de la muerte en casos de situación terminal, enfermedad mortal o afección incurable y permanente sin posibilidad del afectado de causarse a sí mismo la muerte.

Así como las restantes hipótesis de eutanasia se han contemplado en la Ley general de sanidad en relación con el consentimiento a un tratamiento médico, en la medida que puede considerarse que estamos ante comportamientos amparados por la *lex artis* del ejercicio de la medicina, esto ya no es el caso en supuestos como los presentes en los que se da la debida primacía a la libre disposición de la propia vida en un contexto especialmente problemático para el afectado. De ahí que su lugar de resolución deba ser el Código penal, en estrecha relación con el castigo de las conductas de homicidio-suicidio.

(5) Una opinión minoritaria entiende que debe eliminarse la exigencia de que la producción de la muerte se realice por un médico o bajo su dirección.

(6) Si se toma como modelo de referencia el Proyecto de Código penal de 1992, el contenido del propuesto art. 408 correspondería al primero y segundo párrafos del art. 149, y el del art. 409 a los párrafos tercero y cuarto del mismo artículo. En cuanto a la pena en los tres supuestos punibles propuestos sería la de prisión de seis meses a cuatro años.

En cualquier caso, no se ha querido abandonar el contexto médico-asistencial, de ahí la ineludible intervención de un médico.

Igualmente los requisitos necesarios para consentir son más estrictos que los correspondientes a las restantes conductas de eutanasia que se propone regular en la Ley general de Sanidad. Así, además de estar ante un mayor de 18 años capaz, la solicitud debe ser expresa, libre y seria, sin que quepa ningún tipo de representación. No parece haber obstáculos a que se dé relevancia a la declaración vital en los términos expresados en el propuesto art. 10. 8.c) de la Ley general de sanidad.

En el *párrafo primero del art. 409* se toma la trascendente decisión de considerar en todo caso punible la inducción al suicidio, sea o no en un contexto eutanásico. Se asume con ello que la libre disponibilidad de la propia vida no exime a la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas.

La pena, que es idéntica a la del homicidio-suicidio del art. 408 p. 1, procede siempre que no se llegue a un supuesto de autoría mediata, en cuyo caso habrá que acudir a los tipos de homicidio.

Con la misma salvedad, el *art. 409 párrafo segundo* pretende asegurar el castigo de las conductas de cooperación necesaria y complicidad en los supuestos en los que, sin concurrir las circunstancias de capacidad y solicitud expresadas en el art. 408, el mismo suicida se causa la muerte, neutralizando así la vigencia del principio de accesoriedad de la participación.

Naturalmente, las conductas de cooperación necesaria o complicidad, activas u omisivas, resultarán impunes si se dan los requisitos de capacidad y solicitud de la víctima del art. 408 p.1.

No se ha considerado procedente incluir un párrafo añadido al art. 489 ter, que cerrara inequívocamente el paso a interpretaciones extensivas que pudieran acudir a este precepto para castigar conductas omisivas en supuestos de suicidio en que se den los requisitos de capacidad y solicitud de la víctima del art. 408 p.1: Al quedar claro en los arts. 408 y 409 que son impunes tales comportamientos omisivos aun concurriendo la posición de garante, con mayor motivo lo deben ser si no hay tal posición de garante.

No se estima oportuno crear una previsión legal específica para los supuestos de respeto a la negativa del paciente a someterse a determinados tratamientos por motivos religiosos (singularmente testigos de Jehová) o a ser alimentado en el marco de una huelga de hambre reivindicativa, con asunción del riesgo de muerte que tal actitud puede de conllevar. Los comportamientos omisivos respetuosos de tales decisiones, en la medida que pueda considerarse que estamos ante un suicida por dolo eventual, serán casos claros de seriedad de la solicitud, tal como se entiende en el art. 408 p. 1, por lo que, si concurren los restantes requisitos de capacidad y cualidad de la solicitud allí mencionados, serán impunes. Los casos en que sólo quepa hablar de culpa consciente del creyente o del huelguista respecto a su muerte ya no son casos de disponibilidad de la propia vida, y su impunidad deberá resolverse por otras vías.

Tampoco se ha considerado pertinente hacer mención expresa a supuestos en que los comportamientos punibles de homicidio-suicidio e inducción al suicidio puedan poseer un menor injusto o una menor culpabilidad, pues se estima que deberán resolverse a tenor de las posibilidades ofrecidas por las reglas generales de graduación de la responsabilidad.

En Alicante, a doce de febrero de 1993.

ALONSO SUAREZ, José Antonio.

Magistrado. Juzgado de lo Penal n.º 14 de Madrid.

ALVAREZ GARCIA, Fco. Javier.

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad complutense de Madrid.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto.

Presidente de la Sección 15 de la Audiencia provincial de Madrid.

ASUA BATARRITA, Adela.

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad del País Vasco.

BOIX REIG, Javier.

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia.

BOLAS MARTIN, Ricardo.

Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 31 de Madrid.

CANTARERO BANDRES, Rocío.

Subdirectora del Centro de estudios judiciales y Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos.

Catedrático de Derecho penal. Universidad de las Islas Baleares.

CARMENA CASTRILLO, Manuela.

Magistrada. Jueza decana de Madrid.

CARMONA RUANO, Miguel.

Presidente de la Audiencia provincial de Sevilla.

CID MOLINE, José.

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

CONDE PUMPIDO, Cándido.

Presidente de la Audiencia provincial de Segovia.

CUERDA RIEZU, Antonio.

Catedrático de Derecho penal. Universidad de León.

DIEZ RIPOLLES, José Luis.

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Málaga.

ELOSEGUI SOTOS, Aurora.

Magistrada. Juzgado de Primera instancia n.º 51 de Madrid.

FABIA MIR, Pascual.

Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 35 de Madrid.

FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús.

Presidente de la Sección 17 de la Audiencia provincial de Madrid.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, María Dolores.

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Murcia.

FERRE OLIVE, Juan Carlos.

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

FERRER GARCIA, Ana.

Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 16 de Madrid.

FLUITER CASADO, Rafael.

Magistrado. Juzgado de instrucción n.º 1 de Alcalá de Henares.

GARCIA ARAN, Mercedes.

Catedrática de Derecho penal. Universidad autónoma de Barcelona.

- GARCIA ALARCON, Virginia.
Magistrada. Juzgado de lo Social n.º 22 de Madrid.
- GARCIA DE DIOS FERREIRO, Ramiro.
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 9 de Bilbao.
- GIL MERINO, Antonio.
Presidente de la Sección 7 de la Audiencia provincial de Sevilla.
- GILOLMO LOPEZ, José Luis.
Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 26 de Madrid.
- GOMEZ-MORENO MORA, José Luis.
Magistrado. Juzgado de instrucción n.º 4 de Leganés (Madrid).
- GONZALEZ CUSSAC, José Luis.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Castellón.
- GONZALEZ FERNANDEZ, Javier.
Magistrado. Audiencia provincial de Sevilla.
- GONZALEZ GUITIAN, Luis.
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Santiago de C.
- GONZALEZ ZORRILLA, Carlos.
Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de Barcelona.
- GRACIA MARTIN, Luis.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Zaragoza.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo.
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Santiago de C.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Gerona.
- LAMARCA PEREZ, Carmen.
Profesora Titular de Derecho penal. Universidad Carlos III. Madrid.
- LANDROVE DIAZ, Gerardo.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Murcia.
- LARRAURI PIJOAN, Elena.
Profesora Titular de Derecho penal. Universidad autónoma de Barcelona.
- LAURENZO COPELLO, Patricia.
Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Málaga.
- LORENZO SALGADO, José Manuel.
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Santiago de C.
- LOPEZ ORTEGA, Juan José.
Presidente de la Sección 5 de la Audiencia provincial de Madrid.
- LOZANO, María Antonia.
Magistrada. Juzgado de lo Social n.º 29 de Madrid.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Sevilla.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa.
Catedrática de Derecho penal. Universidad de Granada.
- MARTIN PALLIN, José Antonio.
Magistrado. Sala 2 del Tribunal Supremo.
- MARTIN SANCHEZ, Ascensión.
Magistrada. Juzgado de menores de Murcia.
- MARTINEZ LAZARO, Javier.
Magistrado. Juzgado de lo Social n.º 21 de Madrid.

MARTINEZ PEREZ, Carlos.
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Coruña.
Del MOLINO ROMERA, Mercedes.
Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 3 de Leganés (Madrid).
MONTALBAN AVILES, Andrés.
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 5 de Murcia.
MORAGUES VIDAL, Catalina.
Magistrada. Juzgado de Primera instancia n.º 11 de Palma de Mallorca.
MORALES PRATS, Fermín.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Lérida.
MORAN GONZALEZ, Manuel.
Magistrado. Audiencia provincial de Salamanca.
MORENO RETAMINO, Julián.
Magistrado. Audiencia provincial de Sevilla.
MOZO MUELA, Rafael.
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 2 de Madrid.
MUÑOZ CONDE, Francisco.
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla.
ORTS BERENGUER, Enrique.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valencia.
PANTOJA, Felix.
Fiscal. Tribunal superior de Justicia de Madrid.
De PAUL VELASCO, Manuel.
Magistrado. Audiencia provincial de Sevilla.
PENIN ALEGRE, Clara.
Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 29 de Madrid.
PEREZ BENEYTO, José.
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 23 de Barcelona.
PEREZ MARINO, Ventura.
Magistrado. Sala de lo Penal de la Audiencia nacional.
PERIS RIERA, Jaime.
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo.
PESTANA PEREA, Mario.
Magistrado. Juzgado de Primera instancia e Instrucción n.º 1 de Leganés.
De PRADA, José Ricardo.
Magistrado. Sala de lo Penal de la Audiencia nacional.
QUERALT JIMENEZ, Joan Josep.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Las Palmas.
RODRIGUEZ RAMOS, Luis.
Catedrático de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid.
ROIG ANGOSTO, María Concepción.
Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 1 de Murcia.
ROMEJO LAGUNA, Juan.
Magistrado. Audiencia provincial de Sevilla.
Del ROSAL BLASCO, Bernardo.
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alicante.
SAEZ VALCARCEL, Ramón.
Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid.

SUAREZ GONZALEZ, Carlos.

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad autónoma de Madrid.

TAMARIT SUMALLA, Josep María.

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Lérida.

TERRADILLOS BASOCO, Juan.

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Cádiz.

Dc URQUIA, Faustino.

Presidente de la Audiencia provincial de Alicante.

VALLE MUNIZ, José Manuel.

Profesor Titular de Derecho penal. Universidad de Cantabria.

VENTURA FACI, Ramiro.

Magistrado. Juzgado de Instrucción n.º 18 de Madrid.

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVI

FASCICULO II

	<i>Págs.</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo), por Carmen Lamarca Pérez.....</i>	535
<i>Breves consideraciones sobre la regulación del delito de desacato en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, por Maite Alvarez Vizcaya</i>	561
<i>Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, por Eduardo A. Fabián Caparrós</i>	585
<i>Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP, por Octavio García Pérez</i>	629
<i>Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro), por José M. Sánchez Tomás</i>	679
<i>La teoría de la adecuación social en Welzel, por Manuel Cancio Meliá</i>	697
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Psiquiatría y Prisión, por María Cruz Camacho Brindis</i>	731
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i>	749
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dirigida por Santiago Mir Puig. Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado, por David Felip i Saborit</i>	769
<i>Jurisprudencia Constitucional, publicada en marzo-julio de 1993 y con aplicación en materia penal, por Antonio González-Cuellar García</i>	787
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José Luis Manzanares</i>	835
BIBLIOGRAFIA	
<i>Revista de libros</i>	927
NOTICARIO	
<i>Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida</i>	947

INDICE

	<i>Págs.</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo), por Carmen Lamarca Pérez</i>	535
<i>Breves consideraciones sobre la regulación del delito de desacato en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, por Maite Alvarez Vizcaya</i>	561
<i>Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, por Eduardo A. Fabián Caparrós</i>	585
<i>Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP, por Octavio García Pérez</i>	629
<i>Relaciones normativas de exclusión formal y de especialidad: La problemática del error sobre elementos que agravan la pena a través del ejemplo del error sobre la edad de doce años (violación-estupro), por José M. Sánchez Tomás</i>	679
<i>La teoría de la adecuación social en Welzel, por Manuel Cancio Meliá</i>	697
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Psiquiatría y Prisión, por María Cruz Camacho Brindis</i>	731
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i>	749
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dirigida por Santiago Mir Puig. Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado, por David Felip i Saborit</i>	769
<i>Jurisprudencia Constitucional, publicada en marzo-julio de 1993 y con aplicación en materia penal, por Antonio González-Cuellar García</i>	787
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José Luis Manzanares</i>	835
BIBLIOGRAFIA	
<i>Revista de libros</i>	927
NOTICARIO	
<i>Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terroristas relativas a la disponibilidad de la propia vida</i>	947

