

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLVIII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMXCV

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.^º
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

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-PUMPIDO FERREIRO
Ex-Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

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 E INTERIOR
Secretaría General Técnica

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 — 8.º — 28013 Madrid.
Periodicidad: CUATRIMESTRAL

Precio de suscripción (sin IVA): España, 4.808 ptas. Extranjero: 5.192 ptas.

Precio del fascículo suelto (sin IVA): España, 1.904 ptas. Extranjero: 2.308 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 XLVIII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMXCV

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

I.S.B.N.: 84-7787-978-8 (Fascículo II)
I.S.B.N.: 84-7787-980-X (Obra completa)
N.I.P.O.: 060-95-004-5
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

Evolución crítica de la Criminología desde y hacia las Teologías

ANTONIO BERISTÁIN

Director del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián

SUMARIO: I. La Criminología abierta a todas las disciplinas académicas.–II. Dos ciencias autónomas, pero no independientes.–III. ¿Debe la Criminología escuchar a las Teologías?: si, críticamente.–IV. Mensajes foráneos teológicos: culpabilidad, alteridad fraternal, sentido del sin sentido, controles penales.–V. Beccaria no era tan vitando.–VI. Críticas positivas: aborto, pena capital, eutanasia y suicidio VII.- El océano Atlántico y el mar Mediterráneo, hoy y mañana.

I. LA CRIMINOLOGÍA ABIERTA A TODAS LAS DISCIPLINAS ACADEMICAS

En las páginas siguientes, escritas en homenaje muy merecido al Profesor Otto Triffterer, encontrará el lector breves comentarios, que brotan desde la amistad y la admiración, acerca de algunas de las muchas e inteligentes aportaciones científicas con las que el Catedrático de Salzburgo ha enriquecido a sus alumnos, a sus amigos y a sus colegas en el campo de la Criminología, la doctrina penal y procesal (nacional e internacional), los derechos y deberes humanos, la Teología, la evolución progresiva, etc.

Deseamos cuestionarnos si, por qué y de qué manera, la Criminología como ciencia multi e interdisciplinar debe estar abierta a todas las demás; principalmente si, y en qué sentido (también crítico), conviene que abra sus puertas a una nueva dimensión de valores «teológicos» (de respeto, tolerancia, alteridad, fraternidad, trascendente dignidad de la persona, etc.) que den sentido a la convivencia, e incluso al sin sentido de la criminalidad y la victimación. Pretendemos lograr, o anunciar, al me-

nos, una nueva llegada de lo Sacro (*Das Heilige*) y el «otro» (*der Nächste*) a la Criminología. También reflexionamos sobre lo que las Teologías pueden y deben aprender de la Criminología. Temas, como sabe el lector, cultivados por Otto Triffterer.

La amplia recepción de estas aportaciones interdisciplinares exige y crea, en cierto sentido, un cambio radical, una transformación honda, en muchos planteamientos de los problemas (no sólo en las cuestiones mismas y en sus soluciones), que, recordando a Federico García Lorca, puede conllevar «sensaciones de frescura totalmente inéditas, con una calidad de rosa recién creada, de milagro, que llega a producir un entusiasmo casi religioso... el constante bautizo de las cosas recién nacidas» (1).

Recuerdo ahora esta referencia al poeta andaluz porque la comenté el día 18 de mayo de 1992, en la conferencia que tuve el honor de dictar sobre «Strafrecht und ökumenische Ethik», en el seminario que el Profesor Triffterer dirigía en el Teologado católico de Salzburg.

Recientemente, a finales de 1994, en el Philosophisches Institut de su Facultad (2), nuestro homenajeado se ha preguntado públicamente hasta dónde la ciencia está legitimada u obligada a tratar o preocuparse de los temas actuales que se indican posteriormente («wie weit ist die Wissenschaft legitimiert oder verpflichtet, zu so aktuellen Themen, wie ich sie hier heute anfangs gerne behandelt würde,... einzugehen»). Se refiere a las cuestiones axiológicas y su evolución —ayer, hoy y mañana— que con original profundidad viene estudiando en sus conferencias, artículos y libros. Entre esas cuestiones enumera, por ejemplo, la Teología, el aspecto moral de los conflictos, el bien jurídico de la religión en el código penal, las creencias como valor no meramente privado, las relaciones Iglesia y Religión en Criminología, el cristianismo firmemente anclado en algunos pueblos y sus evoluciones actuales, la transformación de los valores, etc.

Sobre algunas de estas preocupaciones y magistrales aportaciones del catedrático Otto Triffterer parece oportuno formular, aquí y ahora, un par de consideraciones. Para comenzar indicamos por qué motivos ambas ciencias deben relacionarse, después se comentará en qué ámbitos la Criminología debe escuchar a la ciencia teológica y aceptar sus aportaciones, en cuanto al «otro», las situaciones límite, los controles penales con amor, etc., sin olvidar su obligación crítica. A continuación, se bosquejarán similares reflexiones, pero en dirección contraria: razones para que las Teologías aprendan, en plan de igualdad académica, de la Criminología, especialmente cuando les critiquen respecto al aborto,

(1) Federico GARCÍA LORCA, «Teoría y juego del duende», *Prosa, Poesía, Teatro*, Progreso, Moscú, 1979, pp. 52, 61.

(2) Otto TRIFFTERER, conferencia sobre «Menschenrechte im Wandel», dictada en diciembre de 1994 (inédita); IDEM, «Menschenrechte, Werte im Wandel? (Insbesondere aus strafrechtlicher Sicht)», en *Schriftenreihe der Akademie für Politik und Zeitgeschehen der Hans Seidel-Stiftung* (en preparación).

la pena capital, la eutanasia y el suicidio. Al final, se concluirá mirando «plus ultra», hacia el desarrollo futuro de la integración cósmica, en la no-dualidad, que ya previeron los profetas judíos, los filósofos griegos y los juristas-criminólogos romanos.

II. DOS CIENCIAS AUTÓNOMAS, PERO NO INDEPENDIENTES

«Dann, wenn letzte Reste von Theologie
verschwinden, auch letzte Werte und Sinnzusammenhänge
zugrunde gehen»

Max HORKHEIMER

Por ciencia teológica se entiende aquí toda reflexión, lógica y meta-lógica (no fanática), sobre la Divinidad —siempre enigmática— en relación con la persona y sus más íntimos y trascendentes problemas y júbilos; pero no se limita a eso. También incluye los misterios, los mitos, la moral, los éxtasis místicos; pero tampoco se limita a eso. También incluye la poesía y el arte. También incluye...

Desde el primer momento surge la pregunta de si en nuestra actual sociedad (que, según algunos especialistas, prescinde de Dios) cabe que la Criminología se ocupe de las reflexiones teológicas. Si nuestra generación no cree en Dios, como afirman Alfred MÜLLER-ARMACK y tantos otros (3), parece normal que a la Criminología no le preocupe la Teología; y le baste el Derecho penal ateo, la mera ética formal, la lógica del positivismo, la sola razón del siglo de las luces, sin misterios, sin ídolos, sin ordalías, sin brujas.

A pesar de todo, ante los graves problemas y las profundas crisis de nuestra aldea planetaria, ante las radicales transformaciones sociales y axiológicas, opinamos que, en el fondo, nuestra sociedad está condenada a creer y a esperar en la dignidad ilimitada de la persona, en la alteridad fraternal, en el sentido del sin sentido, y en lo que algunos llamamos Divinidad, aunque no sabemos qué o quién es. Por eso, con el Prof. Triffterer y otros colegas, nos cuestionamos si la Criminología debe cerrar los oídos o si debe escuchar a la ciencia de la Teología, y cómo debe hacerlo, sin olvidar su inevitable crítica actualizadora.

(3) Alfred MÜLLER-ARMACK hat das hinter uns liegende Jahrhundert das «Jahrhundert ohne Gott» benannt. Er will es damit bezeichnen als eine Zeit, in der die Welt und das Weltgeschehen für das öffentliche Bewusstsein nicht mehr «von und zu Gott» ist, mit anderen Worten nicht (mehr) Gott es ist, von dem alles herkommt und zu dem alles hinführt, und darum auch er allein es ist, von dem alles Sinn hat. Oswald von NELL-BREUNING, *Unsere Verantwortung. Für eine solidarische Gesellschaft*, Herder, Freiburg, 1987, p. 123.

Algunos tratadistas en la teoría, y muchos más en la práctica, niegan que la Criminología deba relacionarse con la Teología. Entre ambas ciencias —opinan— no cabe el diálogo, porque desde diversos puntos de vista median diferencias radicales. Por ejemplo:

1. En cuanto a su objeto. La Criminología trata de las relaciones entre las personas, mientras que la Teología se refiere a las relaciones de éstas con la Divinidad.

2. En cuanto a su terminología y metodología o concepción. La Criminología es ciencia empírica; la Teología es dogmática.

3. En cuanto a su historia, su evolución y su «construcción». La Criminología surge como una rama del Derecho punitivo; la Teología, como supuesta protociencia, antecede a cualquier saber «creado». Si alguien se empeñase en buscarle antecedentes, los inventaría o encontraría en la Filosofía. Nunca en la Jurisprudencia.

4. En cuanto a su intelección y sus fronteras. En Criminología todo es claro, racional e incluso familiar. En Teología todo es numinoso, tremendo, inefable (4).

5. En cuanto a su finalidad. La Criminología pretende organizar la convivencia pública; la Teología procura la perfección de la persona en su vida privada o «interior».

A pesar de reconocer el indudable contenido de estas cinco, y de otras, consideraciones, sin embargo, puede negarse su pretendida conclusión independentista. Hay motivos prevalentes para afirmar que entre ambas ciencias median fuertes intereses y aspectos comunes. Entre otros, los siguientes:

1. Sus antecedentes provienen de las mismas fuentes. Los mitos, los usos y costumbres relativos a las convivencias y las situaciones límite (muerte, enfermedad, fecundidad) y a los momentos clave de la vida (nacimiento, iniciación juvenil, matrimonio...).

2. Sus campos de aplicación se solapan e incluso coinciden en muchos e importantes temas: sanción, perdón, conciliación.

3. Sus cosmovisiones, como sus errores, se complementan y excluyen mutuamente: maniqueísmo, expiacionismo, retribucionismo absoluto y/o relativo, reconciliación.

4. Su problemática de ayer (brujería, inquisición, herejía) y de hoy (terrorismo, delincuencia medioambiental, tráfico de drogas y de armamento, genoma humano (5), SIDA, corrupción política y económica (6), pena de muerte, etc.) coinciden no menos cada día.

(4) Rudolf OTTO, *Das Heilige*, traducción castellana de Fernando Vela, 2.^a edic., Alianza, Madrid, 1985, 232 pp.

(5) Otto TRIFFTERER, «Legado genético y culpabilidad», en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol. II, Fundación BBV, Madrid, 1994, pp. 17 ss.; José Luis de la CUESTA, «El legado genético y el principio de culpabilidad: algunas conclusiones provisionales», en *El Derecho ante el Proyecto...*, Vol. II, pp. 63 ss.

(6) G. KAISER, «'Eine Hand wäscht die andere'. Korruption in Politik und Wirtschaft», *Universitas*, noviembre 1991, pp. 1062 ss.

5. Muchas ideas e instituciones criminológicas derivan, aunque inconscientemente, de los valores teológicos que subyacen en todas las culturas: juicio, delito, pecado, etc.

6. La hermenéutica de ambas ciencias nació y ha crecido, más o menos, conjuntamente (7).

A la luz de lo hasta aquí indicado y sugerido, parece sensato responder que la Criminología y la Teología son dos ciencias distintas y no se deben confundir, como no se mezclan el agua con el aceite. Pero, sí deben relacionarse con respeto inteligente, pues la Criminología (y paralelamente el Derecho penal) debe humanizarse y moralizarse, adoptar una cultura ética como corresponde a la sociedad, y a la Universidad que admite la dimensión teológica o religiosa (aconfesional) (8). Por otra parte, hoy como ayer, algunos teólogos «no pisan tierra», algunos canonistas inquisidores miran a Dios, pero no ven a las personas de carne y hueso, por lo que se necesitan fuertes dosis de crítica.

La Criminología y las Teologías (de occidente y de oriente) deben relacionarse, pues tienen cierta unidad (aunque no identidad) que dialécticamente revela una relación mutua. Se reclaman mutuamente, pese a la diferencia de su tarea y de su misión. La acción del criminólogo difiere en rigor ontológico y espiritual de la del teólogo. El criminólogo, como curador de lo social y de lo jurídico, ha de llegar también a lo personal individual del delincuente y de la víctima. Es otra cosa que un mero domador de fieras, o un mero restaurador de muebles viejos. Sin embargo, nunca puede ni debe llegar a lo íntimo de la persona primigenia. Se limita a la *psique*, no llega al *pneuma*. No llega inmediatamente al fondo personal no objetivado ni objetivable de la opción libre espiritual en cuanto tal, a ese punto en el que la persona responde con un «sí» o un

(7) Wilfried BOTCKE, *Juristische und biblische Hermeneutik*. (En prensa).

(8) Cfr. Reinhard MOOS, «Der Einfluß Cesare Beccarias auf das österreichische Strafrecht», *Juristische Blätter*, Cuaderno 2, febrero 1991, pp. 71 s., 81 s.; Peter NOLL, «Das Verhältnis von Recht und Moral. Nach dem Alternativ-Entwurf», en IDEM, *Gedanken über Unruhe und Ordnung*, Pendo, Zürich, 1985, pp. 117 ss.; Joaquín CUELLO CONTRERAS, «La influencia de la Teología en el Derecho penal de la culpabilidad», en J. L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 483 ss.; David E. JENKINS, «Possible theological responses to apparent criminological confusion», en A. E. BOTTOMS, R. H. PRESTON (Comps.), *The coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1980, pp. 173 ss.; Giuseppe BETTIOL, «Sulla 'nuova difesa sociale' considerata da un punto di vista cattolico», en *Scritti giuridici*, T. II, 1966, pp. 1005 ss.; Jacques LEAUTE, «A propos de la communication du message chrétien dans un monde éclaté. Contribution d'un universitaire relative à son expérience de transmission d'un enseignement à un public hétérogène d'étudiants», en J. L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio...*, pp. 293 ss.; Andrzej WASEK, «Die katholische Kirche und das Strafrecht in Nachkriegspolen», en J. CARO, A. BERISTAIN (Comps.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián, 1991, pp. 709 ss.; IDEM, «Zur Problematik der Beziehung zwischen Strafrecht und Moral», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cuaderno 2, 1987, pp. 288-305.

«no» al llamamiento inmediato de la Divinidad. Esto queda reservado al teólogo (9). En pocas palabras, las ciencias teológicas y las criminológicas deben dialogar, en plano de igualdad. Para lograrlo plenamente han de atravesar algunas cumbres de nieves perpetuas. Además, para superar ciertos prejuicios, presentimientos, y preconceptos habrá que construir túneles de muchos kilómetros.

III. LA CRIMINOLOGÍA DEBE ESCUCHAR CRITICAMENTE A LAS TEOLOGÍAS

«Non si può, invero, studiare e comprendere un ordinamento penalistico elaborandolo con mentalità agnostica e con criteri di pura *logica formale*: questi sono certo utili per fissare l'intelaiatura del sistema penale, ma non aiutano affatto a penetrare nell' *anima* e negli scopi di esso»

Giuseppe BETTIOL, Luciano PETTOELLO MANTOVANI,
Diritto penale, 12.^a edic., 1986, pp. 13 s.

Que la Criminología debe escuchar a la Teología lo muestran muchas personas y muchas doctrinas. Digamos algo, telegráficamente, desde la moderna ciencia del conocimiento, la Sociología y las Declaraciones de los Derechos Humanos.

Todo observador, aun en las investigaciones físicas (10), sabe que nunca es mero observador, ni neutral. Con mayor razón si labora en una ciencia axiológica, como la Criminología. Cuando observa, él simultáneamente actúa en los objetos y en sus correspondientes inherentes valores. A todo objeto contemplado le desvela y recrea su valor. Según muchos especialistas, a todo comportamiento humano acompaña algún valor religioso, como la sombra al cuerpo. (Valores religiosos ambivalentes: positivos y/o negativos, según después constataremos).

El criminólogo nunca puede limitarse a observar la realidad «desnuda», «incolora» e «insípida», porque nadie puede observar solamente. Por lo tanto, el criminólogo ha de ser consciente de que en todas sus tareas, quiera o no quiera, al mismo tiempo que observa, da el paso siguiente (mejor dicho, simultáneo) de tomar postura axiológica, y por lo tanto «teológica», en el sentido amplio que aquí la entendemos. Por

(9) Karl RAHNER, «Culpa y perdón de la culpa como región fronteriza entre la teología y la psicoterapia», en *Escritos de Teología*, 3.^a ed., T. II, trad. Jesús Aguirre, Taurus, Madrid, 1967, p. 303, (cap. 4).

(10) Michael TALBOT, *Mysticism and the new physics*, Bantam Books Inc, New York, 1980, traducción francesa, 236 pp.; Fritjof CAPRA, *El Tao de la Física. Una exploración de los paralelos entre la Física moderna y el misticismo oriental*, trad. de Juan José Alonso Rey, Ed. Luis Cárcamo, Madrid, 1984.

ejemplo, investigando sobre los trasplantes de embriones capsulados, los trasplantes de órganos en general o sobre cualquier cuestión fundamental de Derecho penal (11).

Sin merma de su talante crítico, la Criminología puede escuchar, y cada día más, a la Teología. A la larga, una Criminología que niegue o prescinda de la Teología es —en opinión de muchos sociólogos— una Criminología ciega y muerta. En sólidos argumentos se basa Amando de Miguel, autor de los anuarios sobre «La sociedad española», cuando escribe que «Sólo un sociólogo idiota podría prescindir de la religión para entender una sociedad como la española» (12). Con mayor razón ha de afirmarse lo mismo del criminólogo pues, como proclamó el impar Dostoievski, si no existe Dios todo está permitido, no hay crímenes ni sanciones.

La Teología, en sí misma, como ciencia de lo Sacro, es algo que no le incumbe a la Criminología. Pero, lo «Sacro» existe y, en cierto sentido, está vinculado con todas y cada una de la realidades sociales. Lo Sacro puede y debe ayudar a la teoría y a la praxis cotidiana del quehacer sociológico-criminológico socializador y recreador (13).

Además, si este quehacer ha de ocuparse, y no poco, del respeto y desarrollo de los derechos humanos, también ha de estudiar lo relacionado con los valores religiosos de que tanto hablan muchas Declaraciones de las Naciones Unidas. A nadie le extraña que éstas, en sus documentos, insistan en la libertad de religión, privada y pública, como uno de los valores y de los derechos humanos más dignos de respeto y desarrollo.

Como prueba, baste citar su *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (14). En su Preámbulo considera «que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida»... Y, en su artículo 5.2. establece que «Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones...» (Entre paréntesis conviene lamentar que con frecuencia se viola este derecho de muchos niños y de muchas niñas en algunos países. Por ejemplo, en Francia, los niños recogidos en instituciones estatales, como A.N.P.A.S.E., si carecen de padres

(11) Otto TRIFFTERER, «Zur Strafrechtlichen Beurteilung Kapselgeschützter Organtransplantationen», en J. L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 1203 ss.

(12) Amando de MIGUEL, en José M. GIRONELLA, *Nuevos cien españoles y Dios*, Barcelona, Editorial Planeta, 1994, p. 266.

(13) Antonio BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 337-354.

(14) *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, proclamada por la Asamblea General de las NN.UU. el 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36/55).

y de tutores legales, no reciben educación alguna religiosa. Ni celebran las fiestas litúrgicas).

Si las convicciones religiosas son tan importantes, la Criminología debe prestarles atención. Por eso, se puede concluir que, hoy, en Criminología no cabe el «absentismo teológico», que la Teología, como tantas otras ciencias del espíritu, debe incluirse dentro del organigrama de la globalidad de los conocimientos del criminólogo. Acertadamente lo expresa el «Schaubild» del Prof. Triffterer (15) acerca de la teoría general de las ciencias.

Afortunadamente, cada día más, en las Reuniones de criminólogos, en sus Congresos nacionales e internacionales, se invita y se escucha, aunque no tanto como sería deseable, a los teólogos (16).

En un mañana próximo, la Criminología intensificará sus relaciones con la Teología. Por lo tanto, conviene investigar por qué caminos, sobre qué temas, a dónde irá orientada esa Criminología futura atenta al misterio humano. Intentamos hacerlo en las páginas siguientes, que pueden considerarse también como nuevas pruebas convincentes de que la Criminología puede y debe escuchar a las Teologías.

IV. MENSAJES FORANEOS TEOLOGICOS: CULPABILIDAD, ALTERIDAD FRATERNAL, SENTIDO DEL SIN SENTIDO, CONTROLES PENALES

«Immer aber bleibt Nächster nach biblischer Weisung ein
Geschöpf, das wir lieben sollen»

Erik WOLF, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*, 1958, p. 31.

Luis Jiménez de Asúa y otros muchos penalistas por él citados y comentados, en su *Tratado de Derecho penal* (17), reconoce —con algu-

(15) Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a edic., Springer, Viena, 1994, p. 73.

(16) En el XI Congreso Internacional de Criminología se trataron también, en diversas ocasiones, los problemas de las Teologías y las Religiones en relación con la Criminología, como consta en el Programa (pp. 23 y 31) y en la lista de Ponencias y Comunicaciones —Final Announcement— (pp. 75 y 78). En la Mesa Redonda sobre «El cambio de la Criminología desde y hacia las Religiones/Criminology and Religion» intervinieron Antonio Beristain, Tony Peters, Hans Joachim Schneider. En la correspondiente a «Criminología, Minorías y Derechos Humanos/Criminology, Minorities and Human Rights» dialogaron sobre las dimensiones teológicas Antonio Beristain, Elías Neuman y Eugenio Raúl Zaffaroni. También se celebraron otras Mesas Redondas sobre problemas relacionados con la Teología islámica y judía.

Un estudio más general de los temas tratados lo ofrece Hans-Jürgen KERNER, «Theoretical and Research Topics in international Criminology», *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 32 - 1/2, 1994, pp. 11 ss.

(17) Luis JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, T. I, 3.^a ed., Buenos Aires, 1984, pp. 835 ss.; IDEM, *Tratado de Derecho penal*, T. V, 2.^a ed., Buenos Aires,

nas matizaciones que no hacen al caso— que el Derecho penal debe agradecer a los teólogos y canonistas hispanos de los siglos XVI y XVII sus aportaciones pioneras acerca de la dimensión personal y subjetiva de la culpabilidad teológica que humanizó a la culpabilidad jurídica.

También hoy algunos teólogos, continuadores de aquéllos, estudian el tema de la culpabilidad teológica y su posible trasvase a la jurídica. W. Pannenberg (18), por ejemplo, confirma que la culpabilidad jurídica difiere de la moral, pero admite cierta relación entre ambas. La culpa, dice, supone siempre una instancia previa. En la culpa jurídica es la sociedad, o, con otras palabras, el ordenamiento jurídico en vigor que a través de la jurisprudencia se da a conocer y merece el reconocimiento. También el ciudadano victimizado, lesionado en sus derechos, tiene fuerza vinculante frente al culpable. La culpabilidad jurídica se refiere al autor en cuanto persona; no sólo en cuanto autor del hecho delictivo. Si el autor no se reconoce vinculado por la norma no se sentirá culpable, aunque se reconozca autor físico del hecho. Falta la imputación subjetiva. Por lo tanto, la culpabilidad jurídica tiene relación también con la identidad en cuanto persona, y no se agota en la consideración meramente objetiva de la causación del resultado lesivo tipificado como delito. Permanece también algo de culpabilidad moral en la culpabilidad jurídica. Pannenberg se refiere, poco después, a la Teología católica (19), en sentido coincidente, apoyándose en J.G. Ziegler.

Más cercanos a nosotros escriben, con similar orientación, dos sacerdotes de la Compañía de Jesús: el belga A. Snoeck (20), que, para enseñar Teología moral a los jóvenes jesuitas, se doctoró en Criminología en la Universidad Católica de Lovaina; y Karl Rahner, especialmente su colaboración al Libro-Homenaje a Erwin R. Frey (21). En su posterior trabajo «Culpa y perdón» (22), considera que la persona está constitutivamente abierta al tú y a las cosas. Añade algo teológicamente importante y que en Criminología conviene apreciar: la persona está

1963, pp. 319 ss., con abundante bibliografía. Eduardo de HINOJOSA, *Influencia que tuvieron los teólogos y filósofos españoles anteriores a nuestro siglo en el Derecho público de su Patria y singularmente en el Derecho penal*, Memoria de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, Imp. del Asilo de Huérfanos, 1890.

(18) Wolfhart PANNENBERG, *Anthropologie in theologischer Perspektive*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983, pp. 279 s.

(19) IDEM, *Anthropologie in theologischer...*, pp. 292 s.

(20) Entre las obras de Andreas SNOECK, S. J., merecen citarse: *Confesión y psicoanálisis*, traducción del francés, Fax, Madrid, 1959; *Escrúpulo, pecado y confesión*, traducción del francés, Fax, Madrid, 1960. Semejante por su curriculum y sus publicaciones, Manuel SEGURA, S. J., *Tratamientos eficaces de delinquentes juveniles*, Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

(21) Karl RAHNER, «Culpa-Responsabilidad-Castigo en la visión de la Teología católica», en *Libro-Homenaje a Erwin R. Frey*, y en *Escritos de Teología*, T. VI, trad. J. Aguirre, Taurus, Madrid, 1969, pp. 233-255.

(22) IDEM, «Culpa y perdón de la culpa como región fronteriza entre la teología y la psicoterapia», en *Escritos de Teología*, 3.^a ed., T. II, trad. Jesús Aguirre, Taurus, Madrid, 1967, pp. 285 ss. (cap. 4).

constituida en una transcendencia, en una libertad y apertura a todas las otras personas y a las cosas-realidades sociales, tiene la posibilidad y necesidad de comportarse respecto a las personas y cosas singulares. Simultáneamente, tiene la posibilidad inherente e inevitable de comportarse respecto al todo —que posee sólo como representación y por el que llega a Dios (también lo afirma Lévinas)— eligiendo, decidiendo, afirmando o negando, de modo que, *rebasando lo limitado* (subrayado nuestro), tiene de siempre al todo, al ser en absoluto, a Dios.

Nada extraña que eminentes penalistas y criminólogos, como M. Ancel, Bettiol, Bockelmann, Cobo del Rosal, Jescheck, Hilde Kaufmann, Reinhard Moos, Rodríguez Devesa/Serrano, Triffterer, Vives Antón, etc., acepten, con inteligentes críticas y actualizaciones, estos rasgos fundamentales de la culpabilidad y estas dimensiones heredadas de la Teología.

Jescheck expone el tema en su *Tratado* y, con peculiares matizaciones, en el libro *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535* (23). Especial atención merecen sus comentarios sobre el verdadero sentido de este principio. Según él, se apoya en los criterios fundamentales de la libertad de decisión y la responsabilidad de las personas que se conservan vivos en los ciudadanos. El pensamiento de la responsabilidad de una «persona cualquiera», de un hombre «medio» (del autor) mayor de edad y sano de espíritu (que no padezca alguna grave enfermedad psicológica), es una realidad incuestionable en nuestra conciencia social y moral. La posibilidad de determinación de la actuación descansa en la capacidad de la persona para controlar los impulsos que inciden sobre ella, y para dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas. Jescheck rechaza la plena separación que algunos, Barratta, Bauer, Klug, etc., postulan entre la culpa jurídica y la culpa ética, con la consiguiente renuncia a admitir ésta en la imposición de las sanciones penales. Tal separación total abocaría a considerar el Derecho penal como el regulador de los comportamientos externos puramente legalistas, sin transfondo moral. La pena no podría concebirse como juicio de desvalor ético-social, sino al contrario, privada de significado axiológico, neutral. Así desaparecería la garantía jurídica humana que ofrece el principio clásico bien entendido de *nulla pena sine culpa*. Entre otros resultados lamentables, llevaría a que la pena podría ser más elevada que la culpa ética previa.

R. Moos, en su trabajo «Die gesellschaftliche Funktion des Strafrechts und die Strafrechtsreform» (24), atiende especialmente al princi-

(23) Hans-Heinrich JESCHECK, «Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht», en J. CARO, A. BERISTAIN (Comps.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián, 1991, pp. 408 ss.

(24) Reinhard MOOS, «Die gesellschaftliche Funktion des Strafrechts und die Strafrechtsreform», *Österreichische Richterzeitung*, noviembre 1977, pp. 229-236.

pio de culpabilidad jurídico-penal en relación con la Teología (pp. 232 s.). Admite en aquélla una dimensión teológica, pero no dogmática, ni expiatoria, ni inhumana, ni anticientífica. Acoge la necesaria desmitologización, según los descubrimientos de la Antropología, de la Sociología y del Psicoanálisis. El Profesor de Linz se refiere repetidas veces a «theologisch geprägten Wertanschauungen» (p. 231), a las vinculaciones cristianas (p. 234), «Eine positive christliche Herausforderung» (p. 236), la moral y la iglesia (p. 233), etc.

Otro valioso mensaje que las Teologías brindan a la Criminología —el de la alteridad fraternal— deriva de la *ciencia* teológica y también, aunque en otro plano, de las demás *ciencias* humanas. No implica aceptar críticamente el dogma de la paternidad de Dios, según tal o cual «credo confesional revelado».

Esta alteridad se confirma en la doctrina antropológica de la relación Yo-Tú constituyente de la persona, que comentan con detenimiento numerosos especialistas, como M. Buber, etc. Así mismo estudian el tema algunos teólogos, como Pannenberg, Rahner y M. Theunissen (*Der Andere*, 1965). Pannenberg considera en esta relación la matriz constitutiva del Tú, de la persona, y de su excentricidad. Este personalismo dialógico muestra que «der Mensch als selbstbewusstes Ich nicht unabhängig von andern in sich gegründet ist; das Selbstbewusstsein und das seiner selbst bewusste Ich ist vielmehr immer schon konstituiert durch die Beziehung zum andern» (25).

Karl Rahner ve en el hombre una construcción dialogal y fraternal (yo-tú), un ser que sólo logra percibirse cuando percibe un «objeto» o una persona (26), que «debe salir de sí (como decían los místicos alemanes) para poder entrar en sí, en su propio núcleo personal», existir-para-el-otro. (Esta tesis patentiza el valor del existir que se vivencia cuando se abandona o se pierde el ser, en las situaciones límite de que escribió Welzel, y cuando Maximilian Kolbe se brinda a la ejecución en lugar de su prójimo, prójimo, en el campo de concentración de Auschwitz) (27).

La importancia central de «el otro» en la Teología cristiana ha sido inteligente y solemnemente comentada en la fiesta universitaria celebrada en la Universidad de Viena, con motivo del nombramiento de Doctor Honoris Causa del Profesor de Teología, Juan Baptista Metz, el 15 de diciembre de 1994. El discurso del ilustre Catedrático giró alrededor de un tema bíblico por excelencia: «el otro», el dolor del otro, el dolor del prójimo («der Fremden»), el dolor del enemigo (28).

(25) Wolfhart PANNENBERG, *Anthropologie in theologischer...*, pp. 173 ss., 181 ss.

(26) Karl RAHNER, «Culpa y perdón de la culpa como región fronteriza...», en *Escritos de Teología*, 3.^a ed., T. II, Madrid, 1967, p. 290, (capítulo 3).

(27) Giulio MASIERO, *Maximiliano M.^a Kolbe*, versión española, Estella (Navarra), 1975.

(28) Cfr. *Orientierung*, Zürich, 15 enero 1995, pp. 6-9.

La alteridad fraterna (es decir, agápica), la otredad, es la piedra angular, la clave de importantes libros de muchos especialistas, por ejemplo, de P. Laín Entralgo y J.L. López Aranguren, en España, y de E. Lévinas, lituano de nacimiento, de origen judío y francés de nacionalidad. Para Lévinas la experiencia del otro hombre es la experiencia teofánica. Dios llega a mi conocimiento sentiente a través del encuentro con el rostro del otro hombre (29). No cabe inteligencia de Dios que no provenga de una relación con los hombres, con los otros yo, con los hermanos. Por eso, afirma que «'Amarás al prójimo' es amar a ti mismo... el amor al prójimo es tú mismo». Mi amor al prójimo me constituye como lo que soy, mi «humanidad» proviene toda ella del amor al prójimo. (Algo similar, desde diversas perspectivas, se encuentra en escritos de eminentes criminólogos y juristas, como H.-H. Jescheck, H. Kaufmann, J. Léauté, Elías Neuman, P. Noll, D. Rössner, E. Ruiz Vadillo, M. Walter, E. Wolf, Th. Würtenberger, etc.) (30).

Si buscamos la aportación de la Teología para dotar de sentido el sinsentido del delito y la victimación, debemos acudir a las profundas experiencias de las personas místicas de todas las religiones. Pero, por limitación de espacio, nos acercamos únicamente a M. Heidegger, J. Fesch y E. Lévinas. En éste se patentiza la especificidad fontal de Europa en la tensión polémica entre tres culturas: la bíblica, la filosófica y la jurídica, la de Jerusalén, la de Atenas y la de Roma. Urge lograr la integración del *Verbum* del Evangelio de San Juan con el *logos* griego y con el *suum cuique tribuere* (subrayamos el *dar* a cada uno lo suyo). La integración del amor a sí mismo con el amor preferente al otro. La *kenosis*, el vacío, la ofrenda de la mística, la pobreza de las bienaventuranzas, encuentran un reflejo en la evolución (*Wandel*) célebre de Gagarine (31): «Ce qui compte peut-être par-dessus tout, c'est d'avoir quitté le Lieu. Pour une heure, un homme a existé en dehors de tout horizon. Tout était ciel autour de lui ou, plus exactement, tout était espace géométrique. L'homme existait dans l'absolu de l'espace homogène». (Lo profundo es el aire, diría el poeta español Jorge Guillén). Este «avoir quitté... en dehors...» da *sentido al sinsentido*. El yo «se realiza», llega a su cumbre, desde y para el tú. Lévinas, en su Filosofía de origen fenomenológico

(29) E. LEVINAS, *De Dieu qui vient à l'idée*, Vrin, París, 1982.

(30) Cfr. el *Memorandum* de la Iglesia Evangélica alemana al que se refiere Dieter RÖSSNER, en su artículo «Compensation and Sanctioning-The Court Assistance as Aid to the Resolution of Conflicts» (en G. KAISER/H. KURY/H.-J. ALBRECHT (Comps.), *Victims and Criminal Justice. Legal Protection, Restitution and Support*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., 1991, p. 220), en el que insiste también en la reconciliación, con sus facetas teológicas.

M. WALTER y M. KUBINK, «Ausländerkriminalität - Phänomen oder Phantom der (Kriminal-) Politik?», *Monatschr. f. Krim.*, 1993, pp. 306 s., critican inteligentemente a quienes con excesiva frecuencia ven en los extranjeros delincuentes en potencia.

(31) E. LEVINAS, *Difficile liberté. Essai sur le judaïsme*, 2.^a edic., A. Michel, París, 1976, p. 302.

que remonta a su origen judío, coincide con la *Armut* de Heidegger. Llega a la globalidad y a la no-dualidad, sin suprimir la unidad ni lo singular en el *humanismo teológico* del éxodo, del prójimo, del buen samaritano, del grano de trigo que fructifica en el morir del sermón del monte (32). Repite con frecuencia la expresión «salir del ser», que también se repite en los místicos y en la tesis de la doctora Anne Perrier-Labernadie (33). En los libros de Lévinas se encuentra con frecuencia el mensaje de las bienaventuranzas del Evangelio, que dan significado positivo a lo más negativo, que superan con creces la filosofía del ser y del tener, aceptada en parte de nuestra sociedad. En la Teología existencial, el ser y el poseer quedan superados por el ex-sistir, la posesión por la ofrenda, el yo por el otro; en la no-dualidad.

También Heidegger (34) explicita la integración de la pobreza evangélica en la felicidad, cuando escribe: «Armseyen heißt: nichts entbehren, es sey denn das Unnötige - nichts entbehren als das Freie-Freie... Wir sind arm geworden, um reich zu werden. Das Reichwerden folgt dem Armseyen nicht nach wie die Wirkung auf die Ursache, sondern das eigentliche Armseyen ist in sich das Reichseyen. Indem wir aus der Armut nichts entbehren, haben wir im vorhinein alles, wir stehen im Überfluß des Seyns, das alles Nötigende der Notdurft zum voraus überströmt». Un pobre anónimo, sin haber leído a Heidegger, ha manifestado una similar y fecunda contradicción:

¿Qué es ser pobre?

Ser pobre es algo más que no tener dinero.

Ser pobre es algo más que ser humilde.

Ser pobre es algo más que pasar hambre.

Ser pobre es algo más que estar solo.

Ser pobre es algo más que dormir bajo las estrellas.

Porque ser pobre es ofrecer una sonrisa.

Porque ser pobre es compartir lo poco que uno tiene.

Porque ser pobre es defender al más débil.

Porque ser pobre es un estilo de vida.

Porque ser pobre es ser... ser feliz.

Varios siglos antes, en Atenas, un filósofo proclamaba gozoso: *quantis non egeo!* ¡cuántas cosas no necesito!

Como adición conclusiva a lo expuesto en los párrafos precedentes, parece oportuno declarar insustituible la aportación de las Teologías en

(32) Evangelio de San Juan, cap. XV, 13; Evangelio de San Mateo, cap. V.

(33) Anne PERRIER-LABERNADIE, *La résistance de l'homme face au suicide. Analyse Criminologique* (Thèse pour le Doctorat en Droit Nouveau Régime), Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1994, (en prensa).

(34) Martin HEIDEGGER, «Die Armut», en *Heidegger Studien*, vol. 10, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, p. 9.

un campo criminológico muy importante: en las instituciones penitenciarias y en los controles sociales jurídico-penales.

Respecto a aquéllas, conviene conocer la conversión y los escritos de Jacques Fesch, condenado a muerte y ejecutado por la Justicia, en París, el día 1.º de septiembre de 1957, por haber dado muerte a un policía el 25 de febrero de 1954. Actualmente, en el Vaticano, se está tramitando su beatificación. Todo empezó a cambiar en la cárcel parisina de la Santé, donde Jacques recibía visitas de un par de personas de intensa vida religiosa, que le atendían con talante fraternal. Pronto brotó la amistad que abocó en una verdadera *metanoia* del homicida, que transformó su violencia en ternura y colmó de sentido el sinsentido de su prisión y su guillotina.

La noche del 28 de febrero al 1.º de marzo de 1955 (35) Fesch experimentó una vivencia extraordinaria que patentiza la virtud y la fuerza consoladora de lo teológico, incluso en el lugar más inhóspito, más inhumano, de la tierra, en la cárcel, si alguien llega y se acerca al condenado con la caridad de la que nadie debe estar exento: la *caritas* que comenta Jescheck (36). Nuestro homicida convertido entendió la exclamación de Simone Weil: «Padre, arranca de mí este cuerpo y esta alma para hacer de ellos cosas para ti y no dejes subsistir de mí eternamente otra cosa que este mismo arrancar» (37).

Este hecho prodigioso, conocido y refrendado con datos objetivos, nos brinda un argumento más para aprobar el esquema de Günther Kaiser sobre el tema de los controles sociales jurídico-penales, que tanto protagonismo concede a lo teológico.

V. BECCARIA NO ERA TAN VITANDO

«Alcanzar a otro a través de lo social, es alcanzarlo
a través de lo religioso»

Emmanuel LEVINAS, *Totalidad e infinito*, Salamanca, 1987, p. 91.

Así como se ha comentado en las páginas anteriores que la Criminología necesita conocer y tener en cuenta las cosmovisiones teológicas,

(35) Jean DUCHESNE, Bernard GOULEY, *L'affaire Jacques Fesch*, Editions de Fallois, París, 1994, especialmente, pp. 91 ss.; Cfr. también G. ANDERSON, E. HOGAN, J. KANE, H. RIVET (Comps.), *Who is the Prisoner? A Better Christian Response*, The Jesuit Conference of Prison Personnel, New Orleans, 1985.

(36) Por todos, JESCHECK, «Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform», en IDEM, *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlín, 1980, pp. 26 s.: «Das verpflichtet uns zu jener Caritas, deren kein Strafgesetz und kein Richter entraten kann». Especial crítica merecen algunas penas dentro de las instituciones penitenciarias: Kurt SCHMOLLER, «Strafen im Strafvollzug», *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1992, pp. 212-227.

(37) Simone WEIL, en E. LEVINAS, *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*, trad. Antonio Pintor-Ramos, Sígueme, Salamanca, 1987, p. 213.

de modo semejante, ahora decimos que los teólogos deben conocer y apreciar, no menos, las criminológicas. Aunque formulen críticas severas contra los dogmas que ellos consideran incuestionables. En concreto, la Teología cristiana-católica (la que más conozco) merece que la Criminología la critique desde hace siglos y también hoy. No sólo en el caso Galileo.

R. Moos, en su estudio sobre el influjo de Beccaria en el Derecho penal austriaco (38), recuerda que el Vaticano ha cometido lamentables errores en el campo de la Criminología y del Derecho penal. Concretamente, la impar obra de C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ha permanecido dos siglos en el Índice de libros prohibidos (esas páginas magistrales no podían leerse bajo pecado mortal), desde su publicación hasta que desapareció el *Index Librorum Prohibitorum*, por el Decreto del Vaticano del 15 de noviembre de 1966. Moos considera infundadas las críticas de la Iglesia romana contra *Dei delitti e delle pene*, y todavía más reprochables sus críticas contra el autor del libro. Cien años después de su publicación se erigió en Milán un monumento en homenaje a Beccaria. En aquellas fechas, el 21 de marzo de 1871, el periódico oficial del Vaticano, el «Osservatore», se manifestaba contra Beccaria porque no merecía tal monumento, pues era persona no importante, superficial, vitanda y atea. Con «lógica» conclusión preveía que los ciudadanos de un mañana más inteligente destruirían ese monumento... Todavía no lo han hecho.

Hoy, quienes escriben en «L'Osservatore Romano» admiten que las Teologías, en cuanto ciencias humanas que son, pueden y deben enriquecerse si admiten el diálogo, y aun la crítica, en plano de igualdad, con las ciencias en general y con la Criminología beccariana en particular. Esta puede contribuir a crear una, en parte, nueva Teología. Así lo requieren urgentemente las actuales y futuras generaciones. Así lo piden la evolución diacrónica, las investigaciones comparadas y el tema concreto de la revelación.

Si se tiene en cuenta la doctrina, en nuestros días ya generalmente admitida, de la evolución (*Wandel*), cada día más rápida y universal, se ha de reconocer que las Teologías, como todas las ciencias (e incluso como todas las actividades y entidades humanas), con el transcurso del tiempo, inexorablemente, se deben actualizar, se deben enriquecer. Tienen que abandonar y superar las adquisiciones, los usos y las costumbres y los descubrimientos «definitivos»(?) anteriores. Es ley de vida (39).

(38) Reinhard MOOS, «Der Einfluß Cesare Beccarias auf das österreichische Strafrecht», *Juristische Blätter*, Cuaderno 2, febrero 1991, pp. 69-85. Beccaria, con su libro, no atacaba a la religión. Cuando una persona ataca a la religión, aun bajo el pretexto de la libertad del arte, debe ser sancionada penalmente: Otto TRIFFTERER, Kurt SCHMOLLER, «Die Freiheit der Kunst und die Grenzen des Strafrechts», *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1993, pp. 547-582.

(39) Peter NOLL, «Jesus und das Gesetz. Rechtliche Analyse der Normenkritik in der Lehre Jesu», en IDEM, *Gedanken über Unruhe und Ordnung*, Pendo, Zürich, 1985, pp. 70 ss.

Para pervivir en el siglo XXI, las Teologías postmodernas han de salir de su ghetto tradicional, han de salir, en un *éxodo* sin límites. No deben permanecer enclaustradas en su iglesia-castillo confesional, sin puertas, ni ventanas, rodeadas de un foso, con códigos canónicos fecundos en estigmatizaciones heréticas. Al contrario, salgan a las calles y a las plazas, a los congresos nacionales e internacionales. También a las universidades, donde el principio básico es escuchar al otro, al discrepante, al distinto. También al ateo.

Si las Teologías escuchan a la Criminología, admitirán de ella, no sólo algunos concretos *contenidos* nuevos y «revolucionarios» (como los referidos al aborto, la eutanasia, etc.), sino también sus innovadores -y tan distintos- *métodos* de estudio, docencia e investigación. Actualmente las Teologías necesitan algo que en tiempos pasados quizás no necesitaban y que, por la todavía inexistente técnica mediática, resultaba casi imposible: conocer y dialogar con las otras Teologías y las otras ciencias de las grandes culturas. Toda Teología ha de utilizar, por ejemplo, el método de las investigaciones comparadas (40). Ha de aproximarse, con talante discipular, a las otras Teologías. Algo de esto se ha practicado en Chicago, en la Semana de estudio y oración de la Comunidad Mundial de las Religiones (41), respecto al tema concreto de la ética religiosa universal, con aplauso de teólogos, como el suizo Hans Küng y el español Raimon Panikkar.

La Criminología, que nace y crece en el seno de las universidades civiles, puede aportar a las Teologías (que ni nacen ni crecen en las Universidades civiles) (42) importantes logros metodológicos abiertos, sin control maniqueo, sin miedo; y, por eso, fecundos. Desgraciadamente, por motivos «naturales» de temor, de autoestima exagerada y de conservadurismo inherentes a algunas Teologías, éstas en sus propios, exclusivos y excluyentes Seminarios y Centros docentes de Formación y en sus escasos Centros de investigación, se limitan a buscar argumentos para probar los dogmas tradicionales; y prohíben los que pudieran criticarlos. Esto ocurre, especialmente, en el tema de la revelación divina.

En cuanto a ésta (αποκαλυψις), no mera manifestación (φανερωσις), merece citarse la opinión que expone E. Drewermann (43) cuan-

(40) En este punto conviene hacer una referencia a los paradigmáticos múltiples trabajos dirigidos por Jescheck y Kaiser, y posteriormente por Eser, en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, en Friburgo de Brisgovia.

(41) Semana de estudio y oración de la Comunidad Mundial de las Religiones, celebrada en Chicago, en septiembre de 1993 (Año del Entendimiento y Cooperación Interreligiosa). Cfr. Antonio BERISTAIN, «La declaración de una ética global», *Eguzkilo-re. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 7, San Sebastián, 1993, pp. 300 ss.

(42) Excepcionalmente, en Alemania, la ciencia teológica se cultiva también en las Universidades civiles.

(43) Eugen DREWERMANN, *Glauben in Freiheit oder Tiefenpsychologie und Dogmatik*, T. I: Dogma, Angst und Symbolismus, Walter, Solothurn-Düsseldorf, 1993, p. 514.

do afirma que «no es posible limitar la revelación de Dios a determinados momentos de la experiencia histórica; por el contrario: la evolución del mundo es —¡para el creyente!— la única revelación de Dios; únicamente en el origen del hombre del reino animal comprende uno las estructuras que nos capacitan, anímica y espiritualmente, para formular cuestiones religiosas y para necesitar respuestas a las mismas». Por lo tanto, para que se dé una experiencia de revelación religiosa es necesario que se realice una fusión de los arquetipos de interpretación simbólica primigenia con lo personal históricamente actual; «esta fusión de lo supratemporal con lo temporal, este despertar de todos los deseos existentes en el encuentro inmediato con una persona... es lo que ahora llamamos revelación». En cierto sentido, los sueños son el lenguaje olvidado de Dios; pero, también el lenguaje olvidado de los hombres, porque la Teología acoge a, o emerge de, una radical Psicoterapia.

VI. CRÍTICAS POSITIVAS: ABORTO, PENA CAPITAL, EUTANASIA Y SUICIDIO

«Personsein kann er aber nur, wenn er auch
den anderen als Person anerkennt, wenn er auch ihn
Person sein läßt»

Arthur KAUFMANN, «Das Menschenbild im Recht»,
en *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65.
Geburstag*, Berlín, 1993, p. 423.

Conviene reflexionar, aunque sea brevemente, acerca de las consideraciones críticas que la Criminología debe aportar y aporta para esclarecer y/o solucionar, o al menos reducir, los trágicos problemas creados por las Teologías en tiempos pasados y (aunque menos, también) en los actuales. Estas páginas se refieren mayoritariamente a la Teología cristiana porque conozco poco las otras grandes Teologías, aunque las aprecio mucho. Afortunadamente, el Catecismo de la Iglesia Católica, publicado por el Romano Pontífice Juan Pablo II, el año 1992, en su número 2298, se autocritica con plausible objetividad y claridad por no haber protestado sus pastores contra la práctica de la tortura, por parte de las autoridades legítimas, en tiempos pasados. E, incluso, reconoce que también esos pastores de la Iglesia adoptaron, en sus propios tribunales, las prescripciones del derecho romano sobre la tortura (44).

(44) Sobre la tortura ha escrito repetidas veces el Profesor Triffterer, en trabajos de Amnistía Internacional y de otras instituciones nacionales y extranjeras. Ultimamente, en «Von 'Nürnberg' zu einem Internationalen Gerichtshof zur Verfolgung der Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien», en Heinrich NEISSER (Comp.), *Menschenrechte als Politischer Auftrag*, Medien und Recht, Viena, 1993, pp. 108 ss. En España, por todos, J.L. de la CUESTA, *El delito de tortura*, Bosch, Barcelona, 1990.

En los ámbitos académicos se ha de agradecer, o al menos aceptar, la crítica inteligente. Pero, por desgracia, muchos teólogos, principalmente los que ocupan puestos jerárquicos, cuando se les critica, reaccionan tapando o intentando tapar la boca al colega, en nombre de la verdad y la caridad (45). Con frecuencia se niegan a recordar las atrocidades de la Inquisición, la caza de brujas, la condena de la libertad de expresión, de la libertad de conciencia, el delito de herejía, la marginación de la mujer, la satanización de la sexualidad, de la homosexualidad y del control de natalidad, la xenofobia, la falta de garantías en los procesos penales, etc. (46).

Muy probablemente, si algún profesor de Teología de un Seminario diocesano católico censura radicalmente la doctrina del Catecismo católico sobre el aborto o el suicidio, inmediatamente (salvo excepciones que confirmen la regla general) se le negará la *venia docendi*, y, además, sin haberle escuchado en un proceso según normas legales, previamente aprobadas.

Comentemos, pues, ahora algunos problemas hodiernos: aborto, pena capital, eutanasia y suicidio. Ante estas cuestiones, muchos teólogos mantienen posturas que la Criminología debe criticar enérgicamente, pero con orientación positiva.

El Concilio Vaticano II, en su Constitución pastoral sobre la iglesia en el mundo actual, *Gaudium et Spes*, del 7 de diciembre de 1965 (47), afirma categóricamente que «tanto el aborto como el infanticidio son crímenes abominables». En la misma línea, el nuevo Código de Derecho canónico, promulgado por Juan Pablo II, en 1983 (48), condena el aborto, y con la mayor severidad pues «Quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión *latae sententiae*». Es decir, queda excomulgado por el mismo hecho, sin necesidad de juicio, ni sentencia, ni condena explícita alguna. Como el citado Catecismo, multitud de documentos de la jerarquía católica afirman que el embrión «debe ser tratado como una persona desde la concepción», y «deberá ser defendido en su integridad, cuidado y atendido médicamente en la medida de lo posible, como todo otro ser humano» (número 2274 del Catecismo). La Congregación para la Doctrina de la Fe llega más adelante, pues critica enérgicamente las legislaciones que no sancionan penalmente todo aborto. Escribe así: «Cuando una ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el Estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el Estado no pone su po-

(45) E. Raúl ZAFFARONI, A. B. OLIVEIRA, «Ignacio, Cicero y el poder del amor» en J. CARO BAROJA, A. BERISTAIN (Comps.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián, 1991, pp. 723-730.

(46) Bernhard HÄRING, *Mi experiencia con la Iglesia. Diálogos con G. Licheri y documentos de un proceso*, traducción de Manuel Gómez Ríos, 2.^a edición, PS, Madrid, 1989.

(47) CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et Spes*, 7-XII-1965, número 51,3.

(48) JUAN PABLO II, *Nuevo Código de Derecho canónico*, 1983, canon 1398.

der al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del Estado de derecho... El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien debe nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos» (49).

Esta postura de la Teología (oficial, o sea de la jerarquía de la iglesia) católica, tan incriminatoria y sin excepción contra el aborto, explica que el rey Balduino abdicase de su trono durante los días 3 al 5 de abril de 1990, cuando el Gobierno belga le pidió que firmase la ley, aprobada ya con todas las formalidades democráticas por las dos Cámaras del Parlamento, que dejaba impunes algunos casos extremos de aborto.

Si se concede algún valor (aunque sea mínimo) a la legislación de todos los países y a la doctrina científica internacional, en los puntos de universal coincidencia que consideran impunes algunos supuestos de aborto, no cabe admitir estas y otras similares críticas y condenas, absolutas y sin excepciones, de la Teología oficial católica (50).

Aunque con menos evidencia, pues los argumentos diacrónicos y sincrónicos alcanzan menor coincidencia, tampoco parece de recibo que ese catecismo y esa jerarquía (51), paradójicamente, reconozcan «el justo fundamento del derecho y *deber* (subrayado nuestro) de la legítima autoridad pública para aplicar... en casos de extrema gravedad... la pena de muerte» (52).

Comentarios parecidos sugiere la postura carente de matices de la Teología católica contra la eutanasia activa. En el número 2277 de su Catecismo se puede leer: «Cualesquiera que sean los motivos y los medios, la eutanasia directa consiste en poner fin a la vida de personas disminuidas, enfermas o moribundas. Es moralmente inaceptable».

Por limitación de espacio, comentamos únicamente que esa definición de la eutanasia directa carece de los requisitos científicos, pues olvida que también pueden darse casos de eutanasia directa en personas ni disminuidas, ni enfermas, ni moribundas. Personas que actúen por mo-

(49) CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, instr. «Donum vitae» 3.

(50) Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 55 ss., 59 ss., 66 ss., 69 ss., 73 ss., 76 ss. Cfr. el amplio comentario de Kurt SCHMOLLER, «Schwangerschaftsabbruch», en *StGB-Kommentar. System und Praxis*, compilado por Otto Triffterer, Viena, 1992. Albin ESER, «Schwangerschaftsabbruch in der strafrechtlichen Diskussion», *Theologische Quartalschrift*, 3. Quartalshft, 1971, pp. 238 ss.; IDEM, «Reforma de la regulación del aborto en el Derecho penal alemán: evolución y primeras experiencias», en J.L. de la CUESTA, I. DENDALUZE, E. ECHEBURUA (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 719 ss.

(51) JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia católica*, 1992, núm. 2266.

(52) Antonio BERISTAIN, «Katholizismus und Todesstrafe», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, T. 89, 1977, pp. 215 ss.

tivos altruistas, distintos de los supuestos en esos documentos de la jerarquía católica.

Setenta y siete españoles del Grupo de Estudios de Política criminal, especialistas de Criminología, Derecho penal y Magistrados opinan que deben ser impunes determinados comportamientos de algunas personas que participan activamente en especiales supuestos de eutanasia. Por ello, firmaron el 12 de febrero de 1993, en Alicante, una «Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida». Respecto a la coparticipación en casos de eutanasia dicen: «Si media solicitud del afectado (la persona «suicida») deberán ser impunes todos los comportamientos omisivos de autoría o participación (en la eutanasia de la otra persona «suicida»), así como la complicidad y cooperación necesaria activas» (53).

Sobre el suicidio nada dice el Código de Derecho canónico. En cambio, sí lo hace el Catecismo, de 1992, en sus números 2280-2283 (54). Si se consideran estos párrafos como los artículos de un Código penal, lógicamente surgirán enseguida críticas muy severas en contra, y se pedirá que se reformulen y que se haga teniendo en cuenta otras coordenadas distintas de las que aquí subyacen.

Recientemente, el primero de diciembre de 1994, se ha presentado y aprobado, en la Universidad de Pau y Países del Adour, una tesis doctoral sobre el suicidio (55), dirigida por el criminólogo Reynald Ottenhof. El tribunal la calificó, por unanimidad, con la máxima nota, y pidió que se publique. La generalidad de las reflexiones de dicha tesis se opone frontalmente a las aseveraciones del Catecismo, y con argumentos de máxima seriedad.

(53) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. «Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 53, 1994, pp. 870.

(54) JUAN PABLO II, *Catecismo...*, núms. 2280-2283:

«2280. Cada cual es responsable de su vida delante de Dios que se la ha dado. El sigue siendo su soberano Dueño. Nosotros estamos obligados a recibirla con gratitud y a conservarla para su honor y para la salvación de nuestras almas. Somos administradores y no propietarios de la vida que Dios nos ha confiado. No disponemos de ella.

2281. El suicidio contradice la inclinación natural del ser humano a conservar y perpetuar su vida. Es gravemente contrario al justo amor de sí mismo. Ofende también al amor del prójimo porque rompe injustamente los lazos de solidaridad con las sociedades familiar, nacional y humana con las cuales estamos obligados. El suicidio es contrario al amor del Dios vivo.

2282. Si se comete con intención de servir de ejemplo, especialmente a los jóvenes, el suicidio adquiere además la gravedad del escándalo. La cooperación voluntaria al suicidio es contraria a la ley moral.

Trastornos psíquicos graves, la angustia, o el temor grave de la prueba, del sufrimiento o de la tortura, pueden disminuir la responsabilidad del suicida».

(55) Anne PERRIER-LABERNADIE, *La résistance de l'homme face au suicide. Analyse Criminologique* (Thèse pour le Doctorat en Droit Nouveau Régime), Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1994, 302 pp.

Respecto al número 2280, la historia patentiza el notable mensaje que la Iglesia católica ha aportado en favor del valor de la vida humana; pero, hoy, a la luz de las doctrinas antropológicas, psicoanalíticas y sociológicas, actualmente admitidas (y que no han sido criticadas en estos campos por teólogos), parece insostenible afirmar que «somos administradores y no propietarios de la vida», en el sentido absoluto que el Catecismo propugna. De hecho, ya empiezan a indicar objeciones algunos moralistas, como Eduardo López Azpitarte, Josef Fuchs y Marciano Vidal (56).

Además, este número 2280 se refiere directamente al Dios de la revelación católica estrictamente dogmática. Por lo tanto, no debe pretender que su doctrina sea literalmente admitida por todas las personas en general, ni por las autoridades públicas. Estas sólo pueden manejar criterios y argumentos racionales y razonables.

En cuanto al número 2281, parece insostenible que el suicida rompa «injustamente los lazos de solidaridad con las sociedades familiar, nacional y humana». La tesis citada de la doctora Perrier-Labernadie muestra que, con frecuencia, la literatura, los mitos y la historia, afirman lo contrario. El suicida pretende y logra perpetuar lo esencial de su ser, aquello que a sus ojos merece la pena preservar y transmitir. El suicida proclama «Je me tue à vous le dire», me suicido para decírselo a usted, para manifestarle que «esta vida» no es la única realidad que se debe apreciar, mantener y salvar.

Expresado con otras palabras, frente a la conspiración secular de la Teología contra el hecho suicidario, la Criminología moderna afirma otro discurso que, en cierto sentido, es más trascendente o más teológico: el suicida roba su propia muerte.

En sentido parecido podríamos recordar a Jaspers. En marzo de 1945, viviendo en Heidelberg, se enteró que la Gestapo había decidido detener a su mujer, judía, el día 14 del próximo abril, para deportarla a un campo de concentración. Poco después de recibir esa noticia, compró cianuro para tenerlo día y noche al alcance de la mano e ingerirlo tan pronto como los agentes penetrasen en su domicilio, porque «Si no puedo defender a Gertrud con las armas, moriré con ella sin lucha. Dejarla en manos de la violencia es para mí imposible. El suicidio ya no es el asesinato de sí mismo cuando lo que se hace es prevenir dignamente una ejecución, sea cual fuere la forma de ésta» (57).

En relación con el número 2282, que sólo concede valor de atenuantes, pero no exculpantes, a los «trastornos psíquicos graves, la angustia, o el temor grave de la prueba, del sufrimiento o de la tortura» conviene constatar que autorizados antropólogos y psicólogos prueban que esos

(56) A. BERISTAIN, *Eutanasia: Dignidad y muerte (y otros trabajos)*. Prólogo de Elías NEUMAN, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991.

(57) Pedro LAIN, *Esperanza en tiempo de crisis*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1993, pp. 109 s.

trastornos alcanzan, a veces, tal fuerza que no sólo disminuyen su responsabilidad, sino que la anulan totalmente.

Para terminar este apartado se puede concluir que las Teologías (sobre todo las monoteístas) procuren escuchar más a las teorías y praxis criminológicas, que eviten las posturas absolutas de *siempre* está prohibido y de *nunca* se permitirá, que introduzcan más matizaciones para superar la trágica «ingenuidad»-ignorancia de quienes sólo ven dos colores (blanco y negro) en los comportamientos de las personas. Concretamente, que caigan en la cuenta de que en la cultura hodierna se admite y se debe admitir que sólo una institución lleva el timón de la nave, que sólo una autoridad determina la frontera entre lo impune y lo punible: la autoridad política. Y no la autoridad religiosa, como se admitía en otros tiempos. Esta deberá exponer públicamente sus críticas a aquélla, pero basadas en criterios y argumentos racionales y razonables, no en dogmas «revelados» e infalibles que se opongan a esos criterios y argumentos.

VII. EL OCEANO ATLÁNTICO Y EL MAR MEDITERRANEO, HOY Y MAÑANA

La Teología y la Criminología pueden compararse con el océano Atlántico y el mar Mediterráneo, respectivamente. Nadie niega lo mucho que interesa observar, conocer y mejorar el tráfico de toda clase de navíos (incluso submarinos), de mercancías y de personas que cruzan el estrecho de Gibraltar en las dos direcciones. Tampoco se discute, salvo excepciones, cuánto conviene analizar e intensificar el diálogo entre nuestras dos ciencias.

El mundo vive alrededor de, y gira en torno a, estas realidades criminológicas y teológicas, en cierto sentido «gemelas». Ellas, por razón de sus autonomías, defienden (exageradamente) sus diferencias y distancias. Pero, la evolución de la historia actual les obliga a cambiar sus estrategias tradicionalmente endogámicas. Necesitan intensificar sus relaciones, sin menoscabo de su propia individualidad, aunque les resulte difícil.

Interesa, pues, investigar esas mutuas discrepancias y vinculaciones en la actualidad; y, más aún, prever científicamente cómo serán y cómo deberán mejorar en el futuro. Esta prognosis nos incumbe especialmente a quienes, como decidida y frecuentemente lo hace el Prof. Triffterer (58), admitimos la cada día mayor intensidad de las evoluciones y transformaciones progresivas en el campo científico y en el campo social. Y, no menos, en el criminológico y jurídico-penal.

(58) Es patente la importancia que Otto Triffterer otorga frecuentemente en todos sus trabajos a la evolución y transformación (*Wandel*), pues esta palabra aparece repetidas veces con significados semánticos diversos.

Las páginas anteriores han intentado mostrar algo de cómo hoy mutuamente se enriquecen la Criminología y las Teologías. También han deseado bosquejar cómo se prevé que se relacionarán en el futuro. Si han servido para que otras personas, más cualificadas, avancen en este estudio, han logrado lo que pretendían.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLARD Pierre. *Beyond the Words*, en Jim VANTOUR (Comp.). *Our Story: Organizational Renewal in Federal Corrections*, Correctional Service Canada, 1991, pp. 165-181.
- BERISTAIN Antonio, en H-H. JESCHECK, G. KAISER (Comps.). *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, pp. 68 y ss., 186 y ss.
- IDEM. «La libertad religiosa como derecho fundamental de los internos en instituciones penitenciarias», en H.J. HIRSCH, G. KAISER, H. MARQUARDT (Comps.). *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 571-598.
- IDEM. «Criminología y Religión», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof.Dr.D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pp. 151-193.
- IDEM. «Geht die Gerechtigkeit vom Volke aus? Kriminologisch-viktimologische Betrachtung zur Laiengerichtbarkeit», en ALBRECHT, P.-A. y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, 1993, pp. 425-440.
- IDEM. «Ethik in der Kriminologie», en ALBRECHT, H.-J., KÜRZINGER, J. (Comps.), *Kriminologie in Europa-Europäische Kriminologie? (Kolloquium aus Anlass des 65. Geburtstags von Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Günther Kaiser)*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., 1994, pp. 39-44.
- BETTIOL Giuseppe. «Sulla 'nuova difesa sociale' considerata da un punto di vista cattolico», en *Scritti giuridici*, T. II, 1966, pp. 1005 y ss.
- BOTTOMS A.E., PRESTON R.H. (Comps.). *The coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1980.
- CUELLO CONTRERAS Joaquín. «La influencia de la Teología en el Derecho penal de la culpabilidad», en de la CUESTA J.L., DENDALUZE I., ECHEBURUA E. (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 483-497.
- DREWERMANN Eugen. *Glauben in Freiheit oder Tiefenpsychologie und Dogmatik*, T. I: Dogma, Angst und Symbolismus, Walter, Solothurn-Düsseldorf, 1993.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique. *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990.
- JENKINS David E. «Possible theological responses to apparent criminological confusion», en BOTTOMS A.E., PRESTON R.H. (Comps.). *The coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1980, pp. 173 y ss.

- JESCHECK Hans-Heinrich. «Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht», en CARO J., BERISTAIN A. (Comps.), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París 1528-1535*, Kutxa-Caja Gipuzkoa San Sebastián, 1991, pp. 405-419.
- KAUFMANN Hilde. «'Schuld' und 'Sünde'. Eine Anfrage an die Theologie», en *Theologische Quartalschrift*, München, 1980, pp. 177-184.
- LAIN ENTRALGO Pedro, *Teoría y realidad del otro*, Alianza, Madrid, 1983.
- LEAUTE Jacques. «A propos de la communication du message chrétien dans un monde éclaté. Contribution d'un universitaire relative à son expérience de transmission d'un enseignement à un public hétérogène d'étudiants», en de la CUESTA J.L., DENDALUZE I., ECHEBURUA E. (Comps.). *Criminología y Derecho penal al servicio...*, pp. 293-302.
- NOSKE Elisabet. «Mit Kopf und Herz auf der Seite der Opfer. Ein Gespräch mit Antonio Beristain SJ», *Geist und Leben*, 2, marzo-abril 1990, pp. 130-150.
- PANNENBERG Wolfhart. *Anthropologie in theologischer Perspektive*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983.
- PERRIER-LABERNADIE Anne. *La résistance de l'homme face au suicide. Analyse Criminologique* (Thèse pour le Doctorat en Droit Nouveau Régime), Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1994. (Róneo).
- PRESTON Ronald H. «Social theology and penal theory and practice: the collapse of the rehabilitative ideal and the search for an alternative», en BOTTOMS A.E., PRESTON R.H. (Comps.). *The coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1980, pp. 109 y ss.
- RAHNER Karl. «Culpa y perdón de la culpa como región fronteriza entre la teología y la psicoterapia», en *Escritos de Teología*, 3.^a ed., T. II: Iglesia-Hombre, trad. Jesús Aguirre, Taurus, Madrid, 1967, pp. 285 y ss.
- TALBOT Michael. *Mysticism and the new physics*, Bantam Books Inc, New York, 1980.
- TRIFFTERER Otto. «Zur Strafrechtlichen Beurteilung Kapselgeschützter Organtransplantationen», en de la CUESTA J.L., DENDALUZE I., ECHEBURUA E. (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio...*, pp. 1203-1218.
- IDEM. «Tipos criminológicos de abuso de poder y sus posibles respuestas en Derecho penal material», en BERISTAIN A., de la CUESTA J.L. (Comps.). *La Criminología frente al abuso de poder*, IX Cursos de Verano, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1992, pp. 11-24.
- IDEM. *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a edic., Springer, Viena, 1994.
- IDEM. «Regierungskriminalität durch Machtmissbrauch. Klärung der Begriffe und strafrechtliche Bekämpfungsmöglichkeiten», en KAISER/JEHLE (Comps.), *Kriminologische Opferforschung. Neue Perspektiven und Erkenntnisse*, T. I: Grundlagen — Opfer und Strafrechtspflege — Kriminalität der Mächtigen und ihre Opfer, Heidelberg, 1994, pp. 137 y ss.
- WASEK Andrzej. «Die katholische Kirche und das Strafrecht in Nachkriegspolen», en CARO BAROJA J., BERISTAIN A. (Comps.). *Ignacio de Loyola...*, pp. 709-721.
- IDEM. «Zur Problematik der Beziehung zwischen Strafrecht und Moral», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cuaderno 2, 1987, pp. 288-305.
- WOLF Erik. *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1958.

La relación «Dolo de peligro» — «Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza».

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Catedrática de Derecho Penal.
Universidad de Almería

I

Es tradicional en la jurisprudencia penal española la inclusión del dolo eventual en la estructura típica de los delitos cualificados por el resultado.

Aún antes de que la reforma de 1983 impusiera, a través del nuevo art. 1, 2 la exigencia de responsabilidad subjetiva —«al menos, culpa»— en relación a estos delitos en que «la pena viene determinada por la producción de un ulterior resultado más grave», nuestros tribunales habían ya formulado la tesis del dolo eventual como criterio de imputación de ese resultado cualificante.

La argumentación que servía de apoyo a esta doctrina en los años anteriores a la reforma partía básicamente de la consideración de que todas las conductas insertas en estructuras complejas de cualificación por el resultado (aborto, abandono de menores, atentados a la salud pública ...) encerraban en sí mismas un riesgo probable de lesión para bienes jurídicos adicionales de fundamental importancia (la vida —o salud— de la madre, del menor o de los consumidores ...), por lo que cabía presumir que la realización dolosa de tales conductas implicaba ya en el autor la conciencia de ese riesgo de lesión que se alojaba en ellas y aún su aceptación, de modo que en el caso de materializarse el riesgo en lesión de esos otros bienes jurídicos esenciales habría que imputarla a título dolo-eventual.

Ilustrativas de esta posición jurisprudencial son, por citar sólo algunas de la época, referidas al art. 411 i.f., las STS de 3 de octubre de 1945 (R 1.113) —«*Siendo así que resulta sabido que la práctica del aborto implica tales y tan grandes peligros para la vida de la mujer..., el arros-trarlos equivale al dolo eventual o indirecto especialmente castigado en los preceptos sustantivos que... se citan*»— o de 30 de enero de 1948 (R 35 JC) —«*como no cabe ni aún suponer que los recurrentes ignoraban el gran riesgo de muerte a que era expuesta la abortante al ser sometida a las manipulaciones por ellos deseadas para hacerla abortar, el dolo inicial del aborto quedó extendido y confundido con el eventual del homicidio, generando un sólo propósito criminoso...*»— o también, la de 11 de marzo de 1971 (R 1.330) —«*La Ley arranca de la convicción del agente representándose que como consecuencia de las maniobras abortivas puede producirse, como evento no enteramente querido pero, más que posible probable, la muerte (y) las muy graves o simplemente graves lesiones. En estos complementarios resultados lesivos... hay sin duda una previsión de su producción y una indiferencia volitiva del supuesto de que realmente lleguen a tener lugar*», por lo que «*al querer el aborto se quiso, cuando menos implícitamente, sus posibles consecuencias lesivas*»— (1).

Esta vía de presunciones tendría que ser abandonada con la entrada en vigor del art. 1 del Código penal, que requería la existencia probada de dolo o culpa para la imposición de la pena. Por ello, los tribunales, decididos a mantener en lo esencial su tradicional concepción de estos delitos, debieron fundamentarla más correctamente en cada uno de sus extremos. Para ello, no podía resultar suficiente reconocer en la estructura de estos delitos la existencia de conductas que junto a su capacidad lesiva para determinados bienes jurídicos contenían en sí mismas un peligro tendencial para otros intereses de valor transcendente que podía ser expresada en términos de probabilidad. Era necesario asimismo probar en el autor que las realizaba el conocimiento y, en su caso, la voluntad de arrostrar esos riesgos probables de lesión y aún la lesión misma. Es decir, había que demostrar en el caso concreto que el autor de la conducta dolosa tenía conciencia del peligro que ésta representaba para bienes jurídicos de esencial importancia, distintos de los que se proponía vulnerar (lo que comúnmente se conoce como «dolo de peligro» y alguna vez la jurisprudencia ha definido como «*conocimiento de la proba-*

(1) De esta forma, como señala GIMBERNAT, «cuando el TS afirma que un sujeto activo de un delito cualificado ha causado doloso-eventualmente el resultado más grave, lo único que está haciendo es *exponer la idea (presunción «iuris et de iure» de dolo eventual) en que se ha basado el legislador al crear esos tipos*» (cursiva del original). GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990 p. 264, nota 87. *Vid.* ampliamente, también, MAQUEDA ABREU, M.L., «El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983», *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante, *CPCr.*), 1987, n.º 31, pp. 224 y ss.

bilidad del resultado dañoso» —STS de 7 de marzo de 1991. R 1.926— o «*conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene»* —STS de 20 de febrero de 1993. N.º 348 Colex)— y, además, que esa conciencia suponía en el que actuaba la asunción del riesgo de lesión implícito en su conducta y aún la posible lesión resultante («dolo eventual de lesión», existente, según la STS de 1991 cit., «*cuando el sujeto activo consiente y acepta (el riesgo probable) y... asume el daño a pesar de la posibilidad de su consumación en caso de persistir en la ejecución... de los actos»*) (2).

De este modo, «dolo de peligro» y «dolo (eventual) de lesión» terminarían por configurarse definitivamente como momentos subjetivos característicos de los delitos cualificados por el resultado.

Siguiendo esta línea interpretativa, una sentencia del Tribunal Supremo todavía reciente, de 23 de abril de 1992 (R 6.783. Ponente: E. Bagigalupo), más conocida como «la sentencia de la colza», ensaya una

(2) Tiene razón HORMAZABAL, cuando afirma que, en general, la jurisprudencia española no ha individualizado en su fundamentación del injusto objetivo-subjetivo de los delitos cualificados por el resultado, la idea de peligro, salvo en relación al art. 488 del Código penal. HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos calificados por el resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, *AD.ºP y CP*), 1979, p. 1030. En efecto, sobre este último precepto —art. 488—, merece consultarse, aparte las citadas por el autor, la STS de 21 de diciembre de 1993 (R 9.592) que precisamente desdeña esa equiparación entre dolo de peligro/dolo eventual de lesión para optar, en sustitución de este último, por la culpa consciente pese a admitir «*el conocimiento personal de la acusada, por tener el título de puericultora, del enorme riesgo de que (el abandono de un menor de once meses) pudiese conducir al resultado producido: muerte por bronquitis*». También, excepcionalmente, la STS de 27 de febrero de 1992 (R 1.361) remite a la idea de peligro para fundamentar la imputación subjetiva, esta vez doloso-eventual, del resultado en relación al art. 348 del Cp cuando estima que éste debe ser aplicado, «*pues aunque el resultado mortal no fue directamente deseado, se aceptó y admitió dicha posibilidad letal al vender heroína de tan alto grado de pureza sin advertirlo a los compradores, así como del riesgo probable de que se diera aquel resultado ...*».

Sin embargo, en los últimos años es frecuente el recurso a la previa representación del peligro concreto creado por la acción, para concluir acerca de la presencia del dolo eventual respecto del resultado lesivo, sea éste cual sea y sin referencia a delito cualificado alguno. Así sucede con la STS de 20 de diciembre de 1993 (R 9.578) que, desde un plano más general, describe la doctrina del dolo eventual, afirmando que «*desde el momento en que el contenido de la conducta ejecutada representa una alta probabilidad del peligro para el bien jurídico tutelado, la tesis de la imputación objetiva ... (?) obliga a aceptar que quien obra con conocimiento de aquella probabilidad de daño está aceptando que éste se produzca ... o, en otras palabras, que obra con dolo eventual el sujeto que reconociendo o representándose la existencia en su obrar de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado típico ... no desiste, pese a ello, de ejecutar su acción, asumiendo la posibilidad de que tal resultado se produzca ...*». Vid. también en ese sentido, las STS de 3 de octubre de 1987 (R 6.951), de 22 de marzo de 1988 (R 2.072), de 7 de marzo de 1991 (R 1.927) o de 13 de noviembre de 1991 (R 8.299). A veces, el Tribunal Supremo se refiere a una teoría, que llama «de la peligrosidad», y que a su juicio permite hablar de intencionalidad doloso eventual cuando el encausado se representa «*además del peligro concreto de su acción, su final resultado, con aprobación o aceptación previa del mismo*» (STS de 24 de octubre de 1989, R 7.744).

nueva forma de concebir la íntima relación existente entre una y otra especie de dolo. Su decisiva importancia, aparte lo coherente de su argumentación, reside en trasladar a la doctrina jurisprudencial nuevas perspectivas de la dogmática actual en su definición del dolo —dolo eventual— como mera representación del peligro jurídicamente desaprobado que el autor crea con su acción alcanzando por esta vía la afirmación de una identidad entre dolo de peligro y de lesión.

Refiriéndose a la comercialización de aceite de colza procedente de empresa dedicada a aceites y grasas industriales que había sido mezclado con grasa animal y otros aceites de semillas coloreados con clorofila o betacaroteno así como sometido a un procedimiento de refinado tendente a eliminar la anilina, afirma la sentencia que *«eran previsibles las consecuencias de la acción respecto de la vida y la salud de las personas»*. *«La introducción en el mercado de consumo alimentario de productos regenerados por procedimientos no homologados y sustrayéndolos a los controles habituales es indudablemente —prosigue— una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado»*. *«Todo esto resulta todavía más significativo en el presente caso en el que el riesgo para la vida y la salud estaba constituido por la manipulación de venenos, lo que permitía considerar que la producción de muerte y lesiones no era improbable»*.

Por tanto, *«si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que el aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, el dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones»* pues *«el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico»*. *«Consecuentemente, concluye, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos. En tales supuestos, no cabe duda que si el autor conocía el peligro... y si no obstante ello obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado... para la configuración del dolo eventual»*.

Aún cuando puede afirmarse que esa calificación de dolo eventual aplicada por el Tribunal Supremo a la conducta de los intervinientes en la comercialización del aceite de colza se alcanzaría muy seguramente también desde una posición más clásica, integradora del elemento volitivo en la definición del dolo, lo que ahora interesa valorar en abstracto es si la tesis que hace suya la sentencia elimina las dificultades que tradicionalmente han existido para la definición dolo eventual/culpa consciente, sin hacerles perder su respectiva autonomía y si resulta aceptable como solución definitiva para la siempre compleja definición del dolo. Por otra parte, queda pendiente la polémica cuestión de si el dolo eventual, sea cual sea el concepto que se asuma del mismo, debe formar parte del injusto específico de los delitos cualificados por el resultado. Comenzaremos por analizar la estructura de injusto que les caracteriza.

II

Es común en doctrina y jurisprudencia considerar que la existencia de los delitos cualificados por el resultado en nuestro Código evidencia el interés del legislador por ofrecer un tratamiento penal agravado y diferenciado a ciertos hechos cuando son consecuencia de una conducta lesiva que abarca ya el peligro de su producción. La *ratio* de su incriminación vendría representada entonces por la necesidad de valorar individualizadamente la peligrosidad inherente a esas determinadas conductas que, junto a su aptitud lesiva para ciertos bienes jurídicos, suponen una grave amenaza para otros de carácter distinto y más valorados penalmente (3).

Pero, por otra parte, este es también el fundamento legal de otras tipicidades —configuradas como «delitos de riesgo» (Título V, Capítulo II del Código penal)— que implican, a la vez que un peligro para intereses concretos (vida y salud, normalmente), la perturbación de otros, a menudo de carácter colectivo vgr. la salud pública (4).

Siendo esto así, parece entonces que lo que define la peculiaridad de los delitos cualificados por el resultado es la diversa técnica legislativa empleada en su descripción típica. En ellos, el legislador no se limita a castigar la peligrosidad específica de determinados comportamientos (peligro abstracto) ni siquiera la amenaza concreta que pudieran representar para un bien jurídico (peligro concreto) —como hace en esos otros delitos contra la seguridad colectiva y parece el procedimiento más correcto—, sino que hace depender la aplicación de la pena de una circunstancia ulterior, esto es, de que aquella situación de riesgo para los bienes jurídicos generada por el comportamiento típico devenga en una *perturbación efectiva* de los mismos. Es, pues, la producción del resultado de lesión en que se concreta el peligro que representa la conducta básica del autor lo que motiva la aplicación de las reglas punitivas especiales que se expresan a través de estas figuras delictivas (5).

Si bien, la gravedad de ese injusto objetivo no es suficiente para explicar las agravadas penas con que el legislador conmina su realización. Ni aún si junto a él se valora, como rasgo que suele reconocerse espe-

(3) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 172-174. También, ampliamente, DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal Español de 1980» (I), *AD.^oP y CP*, 1982, pp. 636 y ss.

(4) En ellos, «la idea de peligro se configura en función de víctimas potenciales indiferenciadas —un colectivo, pues—, cuya protección se eleva ya a la condición de bien jurídico autónomo y diferenciado». Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código penal de 1992», *Actualidad Penal*, n.º 26, junio/julio de 1994, pp. 492 y 497.

(5) *Vid.* CARDENAL MURILLO, A. para quien, no obstante, la significación del resultado en la estructura típica de estos delitos es «meramente garantística», sin valor constitutivo de su injusto característico. «Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado», *AD.^oP y CP*, 1989, pp. 606 y 607.

cialmente significativo de estos delitos, el elevado grado de tendencia que la misma ejecución de la acción de peligro representa para la aparición del resultado lesivo (6) o, lo que es lo mismo, la cualificada previsibilidad de éste a partir del momento de realización del comportamiento prohibido (7).

Y es que todos estos elementos, esenciales para la definición de la estructura característica de los delitos cualificados por el resultado adquieren su verdadera relevancia cuando se valoran conjuntamente con la *actitud subjetiva* del autor que los realiza. En efecto. Si el primer paso para la superación del pensamiento versarista fue el empeño por implicar al autor y hacerle participar subjetivamente en el desarrollo del hecho y consiguiente imputación del resultado, hoy, en una fase de afirmación del principio de culpabilidad, se impone el esfuerzo por determinar el grado de implicación subjetiva que es exigible y adecuado al marco de merecimiento de pena previsto legalmente para estos delitos.

Y en este examen, cabe destacar, por lo menos, dos momentos decisivos de análisis: a) el que viene representado por la ejecución típica —peligrosa— que pronostica la aparición del resultado lesivo; b) el de su producción efectiva. Aunque, de otra parte, como la conducta inicial que contiene en sí misma ya ese peligro potencial para bienes jurídicos —que luego se concretará en el resultado cualificante— es, a la vez, una conducta de lesión para otros bienes jurídicos de distinta naturaleza, ello nos obliga también a un examen diferenciado de las posibles actitudes del autor frente al hecho que realiza. Empecemos por él.

Parece existir un acuerdo prácticamente unánime en doctrina y jurisprudencia acerca de la exigencia de dolo en el autor que lleva a cabo la conducta inicial lesiva de un delito cualificado por el resultado (sea el aborto, el abandono de un menor o un comportamiento lesivo de la salud pública de los arts. 341 ss. del Cp) (8). Aún cuando teóricamente es imaginable la hipótesis de imprudencia en el hecho básico (piénsese en la combinación art. 346,2/348), razones no sólo de justicia material (9)

(6) Cfr. HIRSCH, H.J., «Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts», *Goltammer's Archiv für Strafrecht*, 1972, pp. 73-74.

(7) Cfr. en ese sentido, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, AD.^oP y CP*, 1989, p. 346. En definitiva, el criterio que llevó durante años a la jurisprudencia a considerar *implícita* a los delitos cualificados por el resultado, la afirmación de una *causalidad adecuada*, por entender que en ellos el resultado es consecuencia «normal» o «característica» o «natural» de la acción peligrosa y, por ende, ordinariamente previsible para la generalidad. Vfr. MAQUEDA ABREU, M.L., «El principio de responsabilidad subjetiva...», cit., pp. 222 y ss. También, GIMBERNAT ORDEIG, E. «La causalidad en Derecho Penal», *AD.^oP y CP*, 1962, p. 561. Recientemente, ponen el acento en esa exigencia de adecuación, como criterio restrictivo de la causalidad, las STS de 12 de noviembre de 1987 (R 8.500) y 17 de marzo de 1992 (R 2.358).

(8) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados por el resultado...», (I), cit., pp. 636-637. Asimismo, en cuanto a la doctrina jurisprudencial, HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva y subjetiva...», cit., pp. 1028-1029.

(9) Así, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones...», cit. p. 345.

sino también de orden legal, la hacen inaceptable. Como se ha afirmado, ello supondría castigar lo imprudente igual o más gravemente que lo doloso en cuanto que la pena aplicable sería la de reclusión menor (y multa, si del art. 348 se tratare) cuando el hecho básico causado imprudentemente diere como resultado muertes asimismo imprudentes. Y esta solución contradice lo establecido en el párrafo cuarto del art. 565 del Cp (10).

Partiendo de este presupuesto —dolo en la conducta inicial lesiva de un bien jurídico— queda todavía por analizar la posición subjetiva del autor frente al riesgo de consecuencias más graves inherente a la conducta que realiza y contenido en ella como un peligro específico que luego se actualizará, en su caso, en el resultado cualificante.

Esa idea de peligro, tan fundamental en la definición de la estructura típica de estas figuras delictivas, parece que debe concebirse, siquiera sea en principio, como atributo de la acción y, por tanto, como afirmación de su peligrosidad en abstracto, que no es otra cosa que el reconocimiento de una aptitud lesiva general apreciada en un juicio *ex ante*. Si bien, tratándose de delitos que exigen para su consumación la lesión o menoscabo de determinado bien jurídico, difícilmente podrá eludirse, como estadio necesario de análisis, el momento en que aquel peligro genérico se concrete en una amenaza efectiva para ese bien jurídico que después resultará lesionado (peligro concreto) (11). Por lo que podría afirmarse que en ellos el riesgo inherente a la conducta típica inicial debe conducir a una situación de peligro real para un bien jurídico —resultado de peligro— que deviene a la vez en una lesión del mismo, como concreción de aquel riesgo precedente —resultado de lesión— (12).

Y en este *continuum*, que no hace sino marcar los hitos decisivos para la imputación objetiva del resultado en estos delitos, son diferenciables dos momentos relevantes —el peligro y la lesión— que reclaman el análisis de las posibles actitudes del autor que los realiza en orden a alcanzar la configuración definitiva del injusto objetivo/subjetivo de los delitos cualificados por el resultado.

Pues bien, en lo que a la puesta en peligro se refiere, parece generalizada la opinión que requiere una actitud dolosa en el autor. En efecto, suele admitirse que quien realiza intencionadamente la conducta inicial lesiva de uno de estos delitos, actúa a conciencia del riesgo que su com-

(10) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 92. También, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, PE*, 9 ed. tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 482.

(11) Sobre el criterio de distinción entre peligro abstracto y concreto que se sigue en el texto, vid. MAQUEDA ABREU, M.L., «La idea de peligro ...», cit., pp. 488 y ss.

(12) Así también, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados ...» (I), cit. p. 647; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., pp. 98-99; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, I, 4 ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 344. Sobre el concepto de resultado en los delitos de peligro concreto y de lesión, vid. LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia 1992, pp. 118 y ss. y 154 y ss.

portamiento representa para bienes jurídicos de carácter relevante (dolo de peligro) (13).

Donde comienzan entonces las discrepancias, en particular entre doctrina y jurisprudencia, es a la hora de determinar si esa actitud dolosa ante el peligro implica ya en el autor que realiza un delito cualificado por el resultado la asunción de la posible lesión resultante. O, expresado en otros términos, si para la constitución del injusto total de cualquiera de estos delitos se requiere que ese dolo de peligro inicial se complemente con un dolo eventual de lesión o simplemente con imprudencia (14). Veamos estas dos posibilidades separadamente.

1. *La combinación dolo de peligro/dolo (eventual) de lesión* es, como ya se ha expresado, la más difundida en la doctrina jurisprudencial.

Realmente pudiera pensarse que su empleo no resulta compatible con la estructura interna de unos delitos en que la agravación de la pena que supone la producción del resultado —por ello «cualificante»— se explica en razón de no haber evitado el autor, pese a haberlo advertido, ese peligro tendencial inherente a su acción y aún la situación de inseguridad o de crisis creada por ella para el bien jurídico. Algo bien distinto, desde luego, a haber pretendido conscientemente dañar la integridad de ese bien jurídico a través de la producción del resultado. Pues, como con razón se argumenta, «si el sujeto quiere realizar lo más grave y lo realiza..., tras lo realizado no hay posible resultado ulterior ni, por supuesto, más grave. Quien con dolo... de matar realiza una mezcla nociva para la salud en alimentos y los pone a la venta (no) realiza una estructura de delito cualificado por el resultado sino uno o varios homicidios o asesinatos» (15). Aquí, la voluntad de lesión del bien jurídico absorbería el desvalor de su puesta en peligro al presuponerla, y le haría perder la consideración individualizada que le es característica en la estructura típica de estos delitos. Se trataría de un «injusto normal», no del específico que se reclama para los delitos cualificados por el resultado (16).

(13) Cfr. STS de 20 de febrero de 1993 (n.º 348, Colex). En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados ...» (II), *AD.ºP y CP*, 1983, pp. 105 y ss. Sobre el concepto de «dolo de peligro» que comparto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid/Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

(14) El art. 1, 2 del Cp, introducido por la reforma de 1983, se limita a exigir que «el ulterior resultado más grave ... se hubiere causado, *al menos*, por culpa», pero lo que, en principio, pudiera interpretarse también —como, por razones de proporcionalidad, ha hecho la jurisprudencia mayoritaria (Cfr., por todas, la STS de 27 de febrero de 1992, R 1.361)— que admite su imputación a título doloso eventual. Otra interpretación basada en criterios teleológicos y a mi entender más correcta, en Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos ...» (II), cit. pp. 629 y ss. y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*. PG, E. Castellanos, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 114 y ss.

(15) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., p. 110.

(16) Así lo entiende también, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados ...» (I), p. 636.

Esta conclusión, que parece clara y fácilmente asumible para los casos en que el resultado es abarcado por el dolo directo del autor, no tendría por qué desvirtuarse cuando el elemento subjetivo concurrente es el dolo eventual, al menos siempre que en su definición esté presente, como elemento constitutivo, la decisión del autor favorable a la posible lesión de bienes jurídicos (17).

En efecto. Si lo que permite calificar a un delito cualificado por el resultado como injusto diferenciado —especialmente tipificado— es la necesidad de valorar de modo individualizado y agravado la desobediencia del autor a la amenaza de lesión contenida en la conducta que realiza como un riesgo específico del que es consciente al actuar, mal podrá tomarse en consideración de forma individualizada aquella desobediencia cuando el autor «quiere» ya esa lesión, aunque sea en la forma menos intensa que suele atribuirse a la definición del elemento volitivo en el dolo eventual (18). Y ello, porque, como señala la STS de 3 de octubre de 1987 (R 6.951), también al dolo eventual es característica «la decisión de lesionar bienes jurídicos (porque) es... dolo antes que eventual».

Esta idea se reitera a menudo en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial de nuestro país, mayoritariamente partidaria del reconocimiento de una «voluntad de lesión» en el dolo eventual: sea por aplicación de la teoría estricta del consentimiento —«que el agente... hubiera seguido actuando aunque se hubiera representado el resultado como seguro, esto es, que lo apruebe»— (19), sea a través de una teoría mixta en que el consentimiento se combina con la exigencia de una alta peligrosidad de la acción y que estima existente el dolo eventual «cuando el agente, después de haberse representado como muy probable la producción a través de la acción de un resultado... consiente, acepta y se hace cargo del mismo si sucediera, con tal de no renunciar a la finalidad o resultado directamente proyectado y querido como meta de su ilícita actuación» o «cuando el autor obró contando seriamente con la posibilidad de realización del tipo y asumió sus efectos o cuando obró con indiferencia respecto del resultado que se representó» (20). Ya que, como

(17) Este conocido criterio, elaborado por ROXIN, ofrece, a mi entender, las bases precisas para alcanzar la necesaria diferenciación entre el comportamiento doloso y el imprudente, en que la consciencia del peligro no afecta a la decisión de actuar pues el autor no acepta la posibilidad de producción del resultado. ROXIN, C., «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *Juristische Schulung*, 1964, pp. 58 y ss. De la misma opinión del texto, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad* ..., cit., p. 111.

(18) No puede ignorarse, como señala Díez RIPOLLÉS, J.L., que «el papel preeminente del peligro, a estas conductas sustancial, queda difuminado en cuanto estas conductas se equiparan a aquellas otras en que ... existe una voluntad de materializar ese riesgo en un resultado material», «Los delitos calificados ...» (I), p. 636.

(19) Cfr. STS de 6 de febrero de 1988 (R 907). También, STS de 1 de diciembre de 1987 (R 9.517 y 9.800, respectivamente).

(20) Así, las STS de 3 de octubre de 1987 y 26 de diciembre de 1987 (R 6.951 y 9.879). Es hoy la tesis más difundida en la doctrina jurisprudencial: *vid.* también las STS

puntualiza la STS de 27 de marzo de 1990 (R 2626), «*Todas tienen como punto de referencia la voluntad del sujeto que no se detiene con la creación de una situación peligrosa o de probable realización del tipo penal, sino que se conecta con la efectiva producción del resultado, y en esta voluntad reside... la razón justificadora de que se otorgue al dolo eventual el mismo tratamiento penal que al dolo directo*».

Parecida conclusión cabe obtener, en mi opinión, de la aplicación de una teoría —no estrictamente pura— de la probabilidad. Pues aún cuando se afirma que ésta «no enfrenta al autor con el resultado sino con la situación peligrosa» (21), lo cierto es que si para definir el dolo eventual requiere que la representación del autor abarque la seria producción de un resultado con el que «se cuenta» al actuar (22), ello puede interpretarse como «conformarse con» ese resultado, en definitiva «querido», por más que se prefiriese que no llegara a tener lugar. Según ello, pudiera inferirse que es precisamente de la actuación del autor «a conciencia de que existe la concreta probabilidad de producción del delito (de donde) deriva necesariamente el «querer» requerido por el dolo eventual» (23). Así parece entenderlo también la jurisprudencia cuando califica como «juicio volitivo» la exigencia de que «el sujeto «cuenta» o «se conforme» con la producción del resultado» (24).

de 16 de octubre de 1986 (R 5.624), 19 de diciembre de 1987 (R 9.800), 22 de marzo de 1988 (R 2.072), 6 de junio de 1989 (R 5034), 27 de marzo de 1990 (R 2.626), 31 de octubre y 13 y 25 de noviembre de 1991 (R 7.471, 8.299 y 8.558), 20 de febrero de 1992 (R 1.223), 27 de octubre de 1993 (R 7.874) ...

(21) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», cit., p. 251 y en «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 421. En parecidos términos, vid. también, MIR PUIG, S. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Planteamiento general. Ariel, Barcelona, 1994, p. 69 nota n.º 105.

(22) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. «Acerca del dolo eventual», cit., p. 251.

(23) Cfr. MIR PUIG, S., *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de Jescheck, I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 429. Con la teoría de la probabilidad, dentro de una concepción del injusto basado en la conducta peligrosa externa que este autor propugna, no se renuncia a «exigir para el dolo la necesidad de *querer* la acción típica además de *conocer* su peligrosidad», *El Derecho Penal ...* cit., p. 69, nota n.º 105.

(24) Cfr. STS de 11 de diciembre de 1992, n.º 2.165 (Colex). También, la STS de 16 de diciembre de 1992, n.º 2.079 (Colex). Si bien es verdad, que muy a menudo la jurisprudencia traduce como «aceptación» o «asunción» del resultado la mera representación probable de su producción. Como se desprende, por ejemplo, de la argumentación empleada por una sentencia reciente para afirmar el dolo eventual en un caso de «muerte resultante de la venta de heroína de un alto grado de pureza sin advertirlo a los compradores pues, afirma el TS, *siendo el vendedor consciente del riesgo probable de que se diere aquel resultado si se usare sin rebajar su pureza, conocimiento que tenía por su anterior condición de adicto a la heroína*», la vendió y con ello, «*aceptó y admitió dicha posibilidad letal (aunque) el resultado mortal no fué directamente deseado*» (STS de 27 de febrero de 1992, R 1.361). Parece tener razón, pues, GIMBERNAT cuando afirma que *de hecho* la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo que dicen seguir la teoría del consentimiento, siguen en realidad la teoría de la probabilidad. «Algunos aspectos ...», cit., p. 422.

Parece pues indudable, como conclusión, que la aplicación de cualesquiera de las teorías clásicas acerca del dolo eventual conduce al reconocimiento de un «querer» relativo al resultado y que, pese a admitirlo, el Tribunal Supremo afirma su compatibilidad con la estructura típica de los delitos cualificados por el resultado. Únicamente alguna sentencia aislada parece reconocer la contradicción inherente a esa tradicional construcción jurisprudencial. Así, por ejemplo, la STS de 19 de septiembre de 1990 (R 7.185) relativa a un caso de aborto del párrafo último del art. 411 del Cp, opta por la combinación dolo/imprudencia por entender que *«otra solución... conduciría a una fórmula que no parece ser querida por la Ley, de tal manera que, mediando dolo, sea éste directo o eventual... estaríamos en presencia de un concurso de delitos porque desde la perspectiva legal sólo se contempla un dolo y el dolo eventual no es otra cosa, desde el punto de vista del Derecho Positivo, que una modalidad de aquél...»* (25).

Pero existe aún en la jurisprudencia una línea interpretativa del dolo —comprensiva del dolo eventual— que pudiera ser capaz de solventar esa contradicción interna que subyace a su tradicional doctrina acerca de los delitos cualificados por el resultado. Me refiero a la que aparece contenida en la ya mencionada sentencia sobre el aceite de colza, de 23 de abril de 1992.

Si bien es verdad que en ella se emplean para la imputación subjetiva del resultado cualificante del art. 348 del Cp argumentos que pudieran atribuirse a la aplicación de la teoría de la probabilidad (26) —como, por otra parte, parecen haber deducido algunas de las sentencias posteriores que han reproducido buena parte de sus afirmaciones (27)— en-

(25) En el mismo sentido, la STS de 17 de marzo de 1989 (R 2.688). Se descarta, con buen juicio, el tratamiento del dolo eventual como categoría diferenciada del dolo y, por tanto, su aproximación a la culpa que todavía algunos autores mantienen. Así, en relación a los delitos cualificados por el resultado, HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva ...», cit., pp. 1.042 y 1.049. Críticamente, ZUGALDIA ESPINAR, J.M., «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *AD.^oP.* y *CP*, 1986, pp. 400 y ss.

(26) Como la propia sentencia parece reconocer: *«En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que a pesar de las declaraciones programáticas que parecen acentuar la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad»* (e invoca argumentos contenidos en la STS de 27 de diciembre de 1982 sobre «el caso Bultó»). Pero lo cierto es que esta misma sentencia somete también sus conclusiones a las exigencias de la teoría del consentimiento en que *«lo decisivo —a los efectos de si el autor ha consentido el resultado representado— es si el juez puede obtener, a partir de los motivos y metas que el autor ha perseguido con su acción, la convicción de que éste ha preferido la realización de la misma a la evitación de sus posibles consecuencias»*. Y *«es claro que a partir de estas consideraciones también se revela que ... prefirió el lucro perseguido como objetivo a una seria eliminación del riesgo ...»*.

(27) Así lo entiende también TORIO LÓPEZ, A., y cita en su apoyo las sentencias de 20 de febrero de 1993 y 28 de enero (R 125) y 20 de abril (n.^o 839 de Colex) de 1994. «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas». Ponencia pre-

tiendo que a ella sólo se recurre como fórmula de apoyo subsidiaria a las conclusiones que ya obtiene por una vía original que libera, esta vez sí, al dolo de todo componente voluntativo o lo interpreta, al menos, de modo diferente a como ha venido haciéndose hasta ahora.

Su verdadera doctrina —o la parte más trascendente de ella— podría condensarse, en mi opinión, en su definición del dolo —que sólo a veces refiere expresamente al dolo eventual— como «*conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido*» (28). Afirmación ésta que se acompaña de la consideración de la acción peligrosa como único elemento del tipo objetivo de los delitos de resultado que sirve de referencia al dolo. Así se desprende de la siguiente argumentación: «*En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos, en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracterizan, precisamente, al dolo*».

Con este planteamiento, el Tribunal Supremo ensaya una nueva concepción del dolo que se asienta, a su vez, en una configuración asimismo novedosa de los elementos característico del injusto objetivo (de los delitos de resultado) (29). Y en la forma en que lo hace no parece posible reprocharle esa incoherencia básica que se ha destacado en la construcción jurisprudencial precedente acerca de los delitos cualificados por el resultado. En efecto, si lo que constituye, según esta sentencia, el contenido del tipo objetivo —a los efectos de delimitación del comportamiento prohibido en los delitos de resultado (cualificado o no)— es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para un bien jurídico

sentada en el Curso «*Los elementos subjetivos de los tipos penales*», organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 17-19 de octubre de 1994.

(28) Y concluye para la aplicación del art. 348 a uno de los intervinientes en la comercialización del aceite de colza: «*se ha comprobado que la acción de ... fue más allá de esos límites, ... que conocía el carácter peligroso de la misma. Por lo tanto, ... obró con dolo, al menos, eventual ...*».

(29) Tesis ésta que recuerda a la mantenida en la doctrina alemana por FRISCH, para quien la constitución del injusto típico se agota en la realización de conductas que crean un determinado riesgo desaprobado de producción del resultado —lo que califica como «comportamiento típico»— y sólo a esas conductas entiende que debe ir referido el substrato psíquico del dolo —el dolo eventual se concibe como la forma básica del dolo— que define como mero conocimiento del riesgo que representan, al margen de exigencias volitivas o emocionales —un conocimiento normal en el sentido de «partir para sí» de aquel riesgo que es fundamental para la desaprobación legal de determinado comportamiento—. FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymams, Köln/Berlín/Bonn/München, 1983, pp. 65 y ss., 72 y ss., 192 y ss., 340 y ss., 411 y ss., 496 y ss. y 510 y ss.

cuya lesión resulta objetivamente previsible —o no improbable— (30) y, además, entiende que en la mera representación de ese riesgo —y posterior actuación— se agota el contenido característico del dolo, qué duda cabe que su planteamiento es plenamente compatible con la existencia de unos delitos —los cualificados por el resultado— cuya *ratio essendi* reside precisamente en la necesidad de valorar individualizadamente la conducta del que actúa a conciencia del riesgo que crea para bienes jurídicos esenciales. Pero también es cierto que de este modo, se priva al delito cualificado de toda especialidad respecto de cualquier otro delito de resultado (31). Quizás por ello, el Tribunal Supremo en el pronunciamiento que se comenta no ha encontrado obstáculo alguno para admitir la tentativa en relación al art. 348, pese a tratarse de una estructura compleja de aquellas características. Así lo hace expresamente, cuando afirma: «*El dolo eventual es suficiente para la tentativa (o el delito frustrado) pues si lo es para la consumación, nada justifica que no lo sea para las llamadas formas imperfectas del delito... cuando la acción realizada lleva en si el peligro de producción de muerte*» (32).

(30) Así lo argumenta la sentencia en relación a otro de los intervinientes en el caso de la colza: «*La introducción en el mercado de consumo alimentario de productos regenerados por procedimientos no homologados y sustrayéndolos a los controles habituales establecidos es indudablemente una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues el límite del riesgo permitido en este ámbito es —dada la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados— reducido... Todo esto resulta todavía más significativo en el presente caso, en el que el riesgo para la vida y la salud estaba constituido por la manipulación de venenos, lo que permite considerar que la producción de muertes y lesiones no era improbable ... la previsibilidad del resultado es claramente indiscutible*».

Aquí, como en la teoría de la probabilidad antes aludida, se enfrenta al autor con la situación peligrosa, no con el resultado, respecto del que basta «un juicio de pronóstico», como posibilidad futura, que es lo único que puede exigirse al autor *ex ante*. Así también, en la doctrina española, MIR PUIG, *El Derecho Penal* ... cit., pp. 61 y ss. y 66. Vid. la valoración de esta construcción en la tesis de Frisch, donde está asimismo presente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 87 y ss.

(31) Es verdad que la conducta en estos delitos puede crear un riesgo para bienes jurídicos diferentes —vgr. en el aborto, la vida del feto y de la madre— pero ello no afecta en nada a la línea de razonamiento que se está siguiendo en el texto donde no interesa el punto de referencia del riesgo sino la configuración de su estructura típica.

(32) Pese a las reservas que esta construcción suscita en la doctrina (cfr., por todos, TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tentativa con dolo eventual», *AD.º P y CP*, 1992, pp. 515 y ss.), lo cierto es que la jurisprudencia la ha admitido tradicionalmente (así, TAMARIT, en ob. cit., p. 517, nota 8 y las recientes STS de 20 de noviembre de 1992, R. 9.615 y de 20 de diciembre de 1993, cit., R 9.578), aún cuando se declara consciente de los riesgos que entraña: en particular, afirma la STS de 25 de octubre de 1989 (R 8.477), la infracción del principio de legalidad por cuanto pudiera entenderse que se está «*en realidad creando un atípico delito de peligro, contra la taxatividad de los tipos penales derivada del indicado principio*». En el ámbito de los delitos cualificados por el resultado, la solución resulta aún más problemática, por cuanto su misma estructura parece requerir, desde el punto de vista legal, la efectiva producción de un determinado resultado para cualificar y agravar la pena, por lo que, en principio, parecen repeler la solución de la tentativa. Ello no supone, sin embargo, la imposibilidad de recurrir a ella, más que si se exige imprudencia respecto al resultado cualificante, pues entonces su producción sí

Pero, a mi entender, el problema esencial de esta construcción, en lo que a su tesis central se refiere, reside en la relación de identidad que permite establecer entre dolo (eventual) y culpa consciente.

Pues si, de una parte, se prescinde en el concepto de dolo de todo componente volitivo, reduciéndolo al conocimiento del riesgo penalmente relevante propio de una acción y, de otra, se subordina el juicio de adecuación —como criterio de imputación objetiva— a la previsibilidad objetiva de un resultado cuya producción no es improbable que acontezca a partir de la realización de aquella acción peligrosa (33), difícilmente podrá eludirse la asimilación con la culpa, de la que la previsibilidad objetiva es asimismo presupuesto (34), del mismo modo que lo es la representación si de una culpa consciente se trata. Según ello, quedaría como única categoría diferenciada —y excluída de la estructura de los delitos cualificados por el resultado (35)— lo que habitualmente se identifica como culpa inconsciente, donde falta ya el elemento de la representación. Así parece admitirlo también la sentencia que se comenta cuando, partiendo esencialmente de las bases indicadas —*«el conoci-*

es fundamental para la aplicación del complejo (así, CARDENAL MURILLO, A., «Naturaleza y límites ...», cit., pp. 606-607). Pero si el resultado se considera imputable en los casos de concurrencia de dolo eventual —y parte integrante del injusto objetivo de estos delitos—, nada se opone a admitir la tentativa (o frustración) siempre que la gravedad del peligro creado por la conducta del autor y su concreción respecto de víctimas determinadas y sus bienes jurídicos más esenciales lo hagan aconsejable para mejor valorar el injusto realizado. Uno de esos casos es, desde luego, el relativo al aceite de colza. Con todo, tiene razón HIRSCH, cuando objeta a la construcción del dolo eventual referida a los delitos cualificados por el resultado precisamente, los problemas que plantea en materia de tentativa, «Zur Problematik ...», cit., pp. 65 ss.

(33) Cfr. ROXIN, «La problemática de la imputación objetiva», *CPCr*, 1989, n.º 39, p. 754. Vid. asimismo, el planteamiento propuesto por GÓMEZ BENFITEZ, J.M., en su reciente artículo «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Jornadas Hispano-Alemanas. Universidad Complutense / Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 92 y ss.

(34) Vid. también, SILVA SÁNCHEZ J., «*Aberratio ictus* e imputación objetiva», *AD.ºP* y *CP*, 1984, pp. 364 y ss. Obsérvese cómo en esta construcción se abandona, de modo correcto a mi entender, la tradicional idea de que el peligro, cuando se halla inserto en estructuras complejas de cualificación por el resultado, debe definirse en términos de probabilidad, lo que implica el riesgo de caer, demasiado fácilmente, en presunciones de dolo eventual (así también, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones ...», cit., p. 348). Y es que la afirmación de un peligro referido a la acción no implica más que un grado de tendencia suficiente en ella para producir la lesión de un bien jurídico, que resulta ser entonces «no improbable» o mejor, «objetivamente previsible» (criterio de adecuación). Y esa previsibilidad objetiva, por cualificada que sea, es también, como se afirma en el texto, elemento de la culpa. Cfr. por todos, CEREZO MIR, *Curso ...* cit., p. 421. Sobre el pensamiento de la adecuación y sus repercusiones en la teoría de la imputación objetiva, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*. Edersa, Madrid, 1992, pp. 95 y ss.

(35) Lo que, a mi entender, resulta correcto desde una perspectiva diferente, que se expresa *infra* en nota n.º 51. Expresamente en contra, HIRSCH, H.J., «Zur Problematik ...», cit., p. 70.

miento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento»—, señala que «...la exclusión del dolo, como dolo eventual, (sólo es posible) cuando las medidas que el autor ha tomado para evitar el resultado le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que, en tales casos, habrá carecido del conocimiento de dicho peligro» (36).

Si, pues, se entiende que el punto de partida para la imputación subjetiva de un resultado como doloso (eventual) reside en el conocimiento del riesgo —jurídicamente desaprobado— de que el mismo acontezca (dolo de peligro), parece que desde el momento en que se admita que tal conocimiento es asimismo elemento constitutivo de la culpa consciente, habrá que concluir, siquiera sea en principio, acerca de la identidad de todas esas categorías (dolo de peligro/dolo (eventual) de lesión/culpa consciente de lesión) (37). Y las consecuencias que de ello se extraen no parecen aceptables. A más de un tratamiento individualizador de la culpa, referido únicamente a la culpa inconsciente (38), esa identificación propiciaría efectos que, a mi entender, resultan indeseables: de una parte, la ampliación del ámbito del dolo a costa de la culpa (consciente), con la consiguiente extensión de la responsabilidad penal o, cuando menos, su agravación, incompatible con la valoración punitiva que la ley atribuye a la distinción entre delitos dolosos e imprudentes (39); de otra, la confusión entre delitos de peligro y de lesión, pues toda situación de peligro concreto que estuviera abarcada por el dolo del autor pasaría a constituir

(36) Tesis que recuerda el planteamiento de SCHMIDHÄUSER cuando niega la culpa consciente en aquellos casos en que el autor, a pesar de haber tenido conciencia del peligro antes de la acción, descarta la posibilidad de producción del resultado atendiendo a las circunstancias concretas del momento en que actúa, supuesto que el autor denomina «culpa aparentemente consciente», SCHMIDHAUSER, E., «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)», *Juristische Schulung*, 1980, p. 250.

(37) Así también, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., cuando afirma: «Desde los planteamientos de una teoría estrictamente cognitiva del dolo, que prescinde del elemento volitivo y lo reduce al «conocimiento del riesgo típico» o de la posibilidad de lesión, la única conclusión coherente es la identificación del dolo de peligro, el dolo eventual de lesión y la imprudencia consciente», *Delitos de peligro ... cit.*, p. 58.

(38) A mi entender, poco convincente. Sobre el planteamiento que entiendo preferible, vid. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 240 y ss.

(39) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», cit., p. 258. Este no es, sin embargo, un efecto que pueda atribuirse propiamente a la tesis de FRISCH que, en realidad, más bien parece que amplía el ámbito de la culpa consciente al referirla a supuestos de confianza *irracional*—y no sólo fundada—, y sobre su base excluye tanto el dolo de peligro concreto como el de lesión, según que no se represente la posibilidad de producción de uno u otro, pues entonces entiende que el autor no «parte para sí» sea de la posibilidad del peligro concreto sea de la lesión. Así, en *Vorsatz und Risiko*, cit., pp. 291 y ss. Vid. especialmente su rechazo a esa crítica, en «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung» en *Fest. für K. Mayer*, Walter de Gruyter, Berlín / New York, 1990, p. 546.

tentativa (o frustración) del tipo de lesión correspondiente (40). Y si esta solución es ya discutible en relación a un concepto estricto de dolo eventual integrador del elemento volitivo, más aún debe serlo cuando a causa de su mera referencia cognoscitiva al peligro, resulte asimilado a la culpa consciente (41).

Lo cierto es, sin embargo, que tales consecuencias muy dudosamente podrían atribuirse a la construcción propuesta por el Tribunal Supremo en esta sentencia de la colza, si se analizan detenidamente las matizaciones que incorpora al núcleo de su doctrina acerca del dolo. En particular, las que parecen cuestionar esa inconveniente identificación entre dolo (eventual) y culpa a partir de la afirmación de un dolo de peligro.

Las bases para su diferenciación parecen venir sugeridas por la propia comprensión que la sentencia propone del elemento intelectual del dolo, que por cierto contempla siempre como un dolo unitario referido a un riesgo no improbable de producción de un resultado. En efecto, el conocimiento que exige para su afirmación no se agota en la mera representación abstracta de un peligro referido a la acción, sino que requiere la representación —no errónea— del peligro real y concreto que con ella se crea y, por tanto, de la posibilidad de que la lesión acontezca. Y esa representación se niega coherentemente —y se aprecia culpa inconsciente— cuando el autor descarta esa posibilidad de producción del resultado sobre la base de una confianza objetiva, fundada, en las medidas adoptadas para su evitación, pues se entiende que entonces habrá carecido de la conciencia misma del peligro originado (42). Así cabe deducirlo de las consideraciones en que funda la exclusión de culpa en el caso concreto de alguno de los intervinientes en la comercialización del aceite de colza: *«Si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y sería de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y lesiones... el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca, su confianza, no se apoyaba(n) en un fundamento lo suficientemente racional (pues) el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo tanto, sobre estas bases, no es posible eliminar el dolo, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela, en realidad, la indiferencia del autor...»*.

(40) Cfr. ampliamente, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro ...*, cit.

(41) Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tentativa ...», cit., pp. 550 y ss.

(42) En estos pasajes, la sentencia se aleja de la posición de FRISCH a la que recuerda en su exposición (cfr. supra nota n.º 29), en cuanto que establece límites objetivos a la posibilidad de confiar, que no están presentes en la construcción de aquel autor quien, pese a diferenciar dolo de peligro y de lesión, lo hace sobre parámetros exclusivamente subjetivos, admitiendo por tanto los casos de confianza irracional (cfr. supra nota n.º 39).

Podrá afirmarse, conforme a criterios más tradicionales, que estas consideraciones no afectan al elemento intelectual del dolo sino a su aspecto volitivo y, por tanto, a la posible afirmación de una decisión del autor frente al bien jurídico o bien, que van referidas a la exclusión de culpa —pero consciente— pues el dolo de peligro subsiste. El Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que si esa confianza fuera racional —objetiva— existiría culpa, pero culpa inconsciente, por faltar el elemento de la representación característico tanto del dolo como de aquella otra clase de culpa. Pero con ello no se cuestiona la necesaria valoración diferenciada de estas categorías ni se desorbita el ámbito del primero a costa de la segunda, porque el alcance que reconoce a la culpa inconsciente permite muy seguramente dar cabida a la mayoría de los casos, si no a todos, los que la doctrina mayoritaria califica de culpa consciente.

Con todo, prefiero sumarme a esos planteamientos más tradicionales que reclaman la exigencia de un elemento volitivo en el dolo a fin de valorar la actitud del autor frente a los posibles resultados de peligro (concreto) o de lesión que pudieran derivarse de la realización de su conducta peligrosa y, a partir de él, determinar el ámbito reservado a la imprudencia.

Si, como afirmábamos antes, se entiende que el elemento cognoscitivo es común tanto al dolo de peligro como al dolo de lesión —ya que «la representación de la posibilidad de poner en peligro concreto implica necesariamente la representación de la posibilidad de lesionar» (43)— y a la culpa consciente —que presupone asimismo esa representación (44)—, la vía más adecuada para alcanzar la diferenciación de esas categorías —que, a mi juicio, deben ser diferenciadas— pudiera ser la de exigir la comprobación de una voluntad de evitación en el autor, sea de ese peligro representado como posible, sea de esa lesión previsible para poder concluir en caso de ausencia de la misma, esta vez sí, en la afirmación del dolo. Y qué duda cabe que, como afirma la sentencia, uno de los índices más relevantes para comprobar esa voluntad de evitación reside en la adopción de medidas dirigidas a impedir la producción del resultado (45).

(43) Así, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Dolo de peligro ...*, cit., p. 75.

(44) Representación que no sólo abarca la peligrosidad de la acción sino también la puesta en peligro concreta del bien jurídico. Por ello afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., su identificación con el dolo de peligro, existente desde el momento en que «se reconoce un peligro concreto y próximo del resultado lesivo y se valora como tal», *Delitos de peligro ...* cit., pp. 108 y ss. y 112.

(45) Así, la STS de 25 de octubre de 1991. Punto de vista que, en el desarrollo de la teoría final de la acción, sostuvo ya en su día, KAUFMANN, A., al afirmar, por ejemplo, que «... la delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del «ánimo», de la «actitud», ni únicamente de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; puesto que la voluntad de realización que se propone como fin la evitación del resultado ... debe ser una voluntad orientadora que se manifieste en un acontecer externo», «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70, 1958, p. 76 y, más ampliamente, pp. 73 y ss. Por último, *vid.* también este criterio, como indicador de la negación del dolo, en la jurisprudencia analizada por ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «La demarcación ...», cit., pp. 419 y ss.

Conforme a ello, el autor que actúa contando con la imposibilidad o escasa posibilidad de evitación de un resultado que queda entonces a merced del azar, puede decirse que lo asume —«que cuenta o se conforma con él»— y, por tanto, concurrirá dolo, pues su misma actuación evidencia ya su decisión frente al bien jurídico (46). Y esa «decisión» o «asunción personal» sí resulta ya suficientemente expresiva de la especial relación del delincuente doloso con su hecho y la norma que lo incrimina más gravemente (47).

El ámbito de la culpa quedaría reservado entonces para aquellos casos de representación errónea de una posibilidad de evitación del resultado que sean «creíbles» o, si se prefiere, capaces de generar en el autor una confianza racional y realista en su no producción, gracias al control que cree tener de la situación (48).

Como, de otra parte, peligro y lesión son dos situaciones referidas a momentos diferentes del curso causal —el primero antecede al segundo—, también resulta posible la distinción dolo de peligro/dolo de lesión, siempre y cuando la asunción de un riesgo para un bien jurídico no conlleve necesariamente la de su lesión. Eso es lo que sucede en los casos en que, tras el peligro, no se ofrecen posibilidades reales de evitación o bien cuando la magnitud del peligro y, por tanto, la probabilidad del daño son tan elevadas que las oportunidades efectivas de control de éste resultan inexistentes o, por lo menos, no se puede confiar fundadamente en ellas (49). Y es que cuando existe un alto grado de aproximación o cercanía de la ac-

(46) En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro ...* cit., pp. 62 ss.

(47) *Vid.* ampliamente, HASSEMER, W., «Los elementos característicos del dolo», *AD.ºP y CP*, 1990, p. 918. Pero, como afirma este autor, el dolo, en cuanto «decisión a favor del injusto» es un hecho interno que sólo puede llegar a conocerse con ayuda de elementos externos de caracterización, como, de otra parte, ha afirmado también muy a menudo la jurisprudencia española (Cfr., por todas, la STS de 9 de mayo de 1993, n.º 1.177 de Colex). Así también, KAUFMANN, A., «Der dolus ...», p. 77 nota 45. Esos elementos, que Hassemer califica de «indicadores», han sido analizados en la doctrina de nuestro país por ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «la demarcación ...», cit. pp. 418 y ss. y, muy recientemente, por DÍAZ PITA, M., *El dolo eventual*, tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 319 y ss.

(48) Así, CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados ...», cit., p. 349; y también, más ampliamente, en «En el límite entre dolo e imprudencia», Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, *AD.ºP y CP*, 1985, pp. 970 ss. y en su obra, *El delito imprudente*, cit., pp. 282 ss.

(49) Se trata de combinar esos dos criterios objetivos que propone RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: de una parte, el grado o magnitud del peligro que la acción representa, y de otra, las posibilidades de control del mismo, bien entendido que «a partir de cierto nivel de riesgo ... la conducta es valorada normativamente como dolosa», *Delitos de peligro ...*, cit., pp. 62, 64 y 69. Relativiza, sin embargo, el valor de esos criterios, a los que considera como «dos de los diversos indicadores externos de la presencia de dolo», DÍAZ PITA, *El dolo eventual ...*, cit., pp. 311 y ss. En mi opinión, esos dos criterios permiten objetivar el límite entre dolo y culpa sin dejarlo depender de la actitud o sentimiento del autor, al tiempo que se consigue una distinción cualitativa entre esas dos categorías como injustos diferenciados. *Vid.* esta idea en KAUFMANN, A., «Der dolus ...», pp. 81 y ss.

ción del autor a la lesión del bien jurídico y es tan elevado, en consecuencia, el grado de peligrosidad que la conducta representa para el bien jurídico, a partir de un examen de las circunstancias concurrentes, resulta inadmisibles —no creíbles— un error de valoración en el autor. Un ejemplo muy representativo lo ofrece el caso de la colza y las mismas argumentaciones contenidas en la sentencia que lo enjuicia pueden servir para confirmar este planteamiento.

Pero también es posible, como con razón se ha señalado, «que el sujeto sea consciente de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico, sin poder confiar ya en la evitación del peligro mismo pero no se conforme con el eventual resultado lesivo sino que confíe fundadamente en poder controlar el peligro y evitar la lesión» (50), en cuyo caso, al dolo de peligro no sigue un dolo de lesión, sino únicamente culpa (consciente). Así, por ejemplo, son imaginables casos de confianza racional en la evitación de un peligro asumido de lesión en relación a la vida o salud de la madre en el aborto —dada la pericia reconocida del autor o su cuantiosa y exitosa experiencia— o a la del menor en un abandono realizado en condiciones que permitan creer que se deja a salvo su integridad o también, por qué no, en múltiples supuestos relativos al art. 348 —vgr. quien vende droga de alta pureza creyendo fundadamente que el comprador conocía la alta concentración del producto—.

2. *Esta combinación dolo de peligro/culpa de lesión*, es la que la mayoría de la doctrina española propugna para conformar el injusto característico de los delitos cualificados por el resultado.

Son situaciones típicas en que el autor, conociendo el riesgo inherente a su conducta y previendo el daño previsible (51), confía fundadamente en su capacidad personal de evitación del mismo basada en un error de valoración de sus posibilidades en el caso concreto.

El fundamento de las agravadas penas con que el legislador conmina la producción del resultado, residiría entonces en el reproche que para él merece la conducta de quien, advirtiendo el peligro de lesión que

(50) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro ...*, cit., pp. 69 y ss. y 76.

(51) La exigencia de un «dolo de peligro», como elemento subjetivo constitutivo de los delitos cualificados por el resultado, excluye de su ámbito los casos en que el autor realiza la acción típica peligros sin conciencia del riesgo concreto que produce con ella ni, por tanto, de la previsible lesión resultante. Estos casos de *imprudencia inconsciente* no debieran quedar comprendidos en la estructura de estos delitos, probablemente porque en ellos la gravedad de injusto de la conducta peligrosa es menor. Así lo entiende también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., y lo justifica afirmando que, en la *imprudencia inconsciente* «el desvalor subjetivo de la acción» no se da, en cuanto que falta «la incorporación del conocimiento en el proceso de decisión y la actuación pese a ese conocimiento como expresión de la decisión a favor de la puesta en peligro», *Delitos de peligro ...*, cit., pp. 193 y 233. En otro sentido, CARDENAL MURILLO, A. «Naturaleza y límites ...», cit., p. 608. Ello es asimismo congruente con la afirmación que se hace a continuación en el texto acerca de la existencia en estos delitos de un «injusto adicional» que, en la forma en que se entiende, no resultaría aplicable a los casos de *imprudencia inconsciente*.

ésta representa para bienes esenciales, actúa descuidadamente al sobrelorar su capacidad y la efectividad de sus recursos para controlar la situación y evitar el resultado. Se trataría, pues, de una *imprudencia cualificada* por la lesión del deber de abstenerse de realizar acciones que se saben peligrosas para un bien jurídico —como se desprende el mensaje normativo contenido en su descripción típica— o, si se prefiere, por la desobediencia a la amenaza de lesión contenida en la conducta que el autor realiza y que, a consecuencia de su desatención, se concreta en la producción del resultado. Son los argumentos que apoyan la existencia en estos delitos de un «injusto adicional», explicativo de la elevada punición que contienen (52).

El que ésta supere el límite de proporcionalidad exigido por la relación entre gravedad de injusto y merecimiento de pena no es sino una decisión del intérprete discrepante de la del legislador (53). Y muy dudosamente puede ello justificar una interpretación alternativa para la adecuación del marco penal justo que, a juicio de cada analista, merezca una realidad legal, por más que las altas penas previstas para estos delitos no convengan a nadie.

Pero tampoco la doctrina del dolo eventual soluciona adecuadamente el problema, aún si con él se exige el elemento volitivo correspondiente, porque a través de esa vía se privilegia al autor que, a conciencia del nivel de riesgo que la realización de su conducta supone de producción de un resultado lesivo muy grave, sigue adelante con indiferencia hacia lo que le depara el azar (54). Más aún cuando ello implica olvidar el contenido de ilícito de un hecho inicial —doloso directo— que supone la lesión consciente y querida de un bien jurídico (sea la salud pública, la vida del feto o la infracción de los deberes inherentes a la patria potestad ...), pues la pena prevista en estos delitos es la correspondiente al homicidio doloso para cuando se produce muerte —esto es, reclusión menor o prisión mayor, si de una lesión grave se trata (art. 411 i.f.)— (55).

(52) Así, especialmente, SCHRÖDER, F.C., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlín / New York, 11 ed., 1994, par. 18, n.º 34; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24 ed., 1991, par. 18, n.º 5; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5 ed., 1989, par. 18, n.º 1 y 3.

(53) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., pp. 96 y 115 y ss. También GIMBERNAT, cuando afirma que, en estos delitos, la ley ha demostrado «que no ha querido ser razonable», *Delitos cualificados por el resultado ...*, cit., 167 y 172. Sobre el concepto de «merecimiento de pena» en relación al injusto de un hecho, vid. LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *AD.º P y CP*, 1993, pp. 22 y ss.

(54) Lo que contribuye, como afirma GIMBERNAT, a «adormecer esa mala conciencia» que debe producir al jurista la existencia de los delitos cualificados por el resultado «cuando de lo que se debería tratar es de mantenerla viva», «Acerca del dolo eventual», cit., p. 264, nota 87. Asimismo, MUÑOZ CONDE, F., entiende que «la tesis del dolo eventual se basa en una falsa concepción de esta figura», *Derecho Penal. PE*, cit., p. 482.

(55) Así, ampliamente, SUÁREZ MONTES, F., «Aplicación del nuevo artículo 1 del Código penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, 1984/85, pp. 224 y ss.

Y ni siquiera el recurso jurisprudencial al llamado «efecto de cierre» ofrece, a mi entender, una solución satisfactoria. Su empleo por parte de los tribunales se explica precisamente por la toma de conciencia del trato privilegiado que la tesis del dolo eventual depara a los autores de estos delitos cualificados. La propia sentencia de la colza, así lo justifica: «*El punto de vista desarrollado por la jurisprudencia se basa, evidentemente, en el principio de proporcionalidad y en una interpretación estricta del principio de culpabilidad (para evitar) los supuestos beneficios que se podrían derivar para el autor...*».

A través de él, se busca adecuar el marco penal previsto en las figuras de cualificación por el resultado al que se obtendría de la aplicación de las reglas generales del concurso (ideal) de delitos, que figurarían así como límite mínimo de punición para evitar injustos beneficios. Así pues, con su empleo se haría irrenunciable, al margen de las reglas de determinación de las penas previstas en el art. 61, 4 del Cp, una sanción distinta a la de reclusión menor en grado máximo, en casos de resultado de muerte (doloso eventual), tanto si se trata del art. 348 (que prevé reclusión menor y multa), del art. 411 if (en que la pena establecida es de reclusión menor) o aún, del art. 488 if (cuya pena, en el caso más grave en que los autores del abandono fueran los padres, tutores o guardadores de hecho, es de prisión mayor). Ahora bien, si se conviene en que la *ratio* que sirve de justificación a la existencia legal de estos delitos es la de ofrecer, por las razones que sean (prevención general (56), presencia de un injusto adicional ...), una valoración individualizada y, por tanto, ajena a las reglas del concurso, para determinadas conductas que, a juicio del legislador, merecen un tratamiento diferenciado y agravado —de ahí, la calificación de estos delitos como «supuestos específicos de un concurso ideal tipificado y cualificado» (57)—, mal se respeta esa *voluntas legis* si los tribunales, a su arbitrio, recurren precisamente a las reglas generales del concurso y determinan la pena aplicable a estos casos, por justa que sea, haciendo uso de una valoración alternativa, que muy dudosamente puede encuadrarse en el ámbito de una interpretación judicial adecuada (58).

(56) Fundamenta en ellas, la existencia de los delitos cualificados por el resultado, HORMAZABAL MALAREE, H., «Imputación objetiva y subjetiva ...», cit., p. 1027.

(57) Así, CARDENAL MURILLO, A., «Fundamento ...», cit., p. 613. También, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad ...*, cit., p. 95.

(58) No parece, pues, de recibo la opinión que ve en este «efecto de cierre» «el comienzo de una despedida de hecho y definitiva de los delitos cualificados por el resultado en su tradicional concepción doctrinal (combinación de dolo y culpa ...)», Cfr. GONZÁLEZ PULIDO, A., «El «efecto de cierre» en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su transcendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado», *Revista del Poder Judicial*, 1989, n.º 14, p. 105.

III

Pero ello no significa que esta opción —dolo/culpa—, preferible a la del dolo eventual —dolo/dolo—, resulte aceptable como propuesta de *lege ferenda*, y precisamente, por el dudoso respeto que supone a las exigencias de proporcionalidad que deben informar toda decisión legislativa. Por ello, quizás, el nuevo Proyecto de Código Penal de 1944 ha optado, siguiendo el mayoritario parecer de la doctrina científica, por sustituir esas figuras de cualificación por el resultado por la creación de tipos de peligro (59).

Estos se configuran, como en reformas anteriores, como cualificaciones que encuentran su razón de ser no ya en la producción de un resultado lesivo sino en el empleo de medios peligrosos o circunstancias que hacen previsible o pronosticable su aparición. Así, en el ámbito de las lesiones (arts. 148 if y 154), de las agresiones sexuales (art. 175, 5), de las relaciones familiares (arts. 221, 3 y 224, 2), del robo violento (art. 235, 2), etc... Esta es, sin duda, la vía más correcta (60). Pues si es verdad, como se afirma, que en estos delitos el peligro es lo importante y que cuando eso sucede el legislador interviene antes de que se produzca el resultado dañoso... «¿Por qué proceder a la inversa en los delitos calificados por el resultado y valorar el peligro sólo cuando se produce el resultado?» (61).

La desaparición de estos delitos calificados por el resultado es un mérito que debe reconocérsele a la proyectada reforma penal, que con su nueva regulación evitará, muy seguramente, la mayoría de los problemas que con su existencia se plantean en la actualidad.

(59) Así, expresamente, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados ...» (II), cit., pp. 104 y 124 y ss. También, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal*. PG, cit., p. 117 y SUÁREZ MONTES, F., «Los delitos calificados por el resultado en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 6, pp. 628 y ss. y 640; y «Los delitos calificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1», *Comentarios a la Legislación Penal*, T.V, Vol. I, Madrid, 1985, pp. 47 y ss.

(60) Ello plantea, desde luego, los correspondientes problemas de concurso para el caso en que el peligro se concrete en la lesión del bien jurídico que se pretendía prevenir. La cuestión no es precisamente pacífica, como lo demuestran las discrepantes soluciones que doctrina y jurisprudencia (*vid.* por todas, el resumen que ofrece de la cuestión la STS de 17 de septiembre de 1993, n.º 1.105 de Colex) proponen para resolver supuestos como el de concurrencia de la agravación de uso de armas y otros instrumentos peligrosos en el delito de robo del art. 501 if del Código penal. Cfr. VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 843 y ss.

Con todo, debe prevalecer, en mi opinión, la propuesta doctrinal de aplicar en estos casos un concurso de normas y, a partir del principio de consunción, dejar que el peligro quede absorbido por la lesión cuando ésta sea una efectiva materialización de aquél. Así, VIVES ANTÓN, T., ob. cit., p. 844. Pues, en otro caso, se violaría el principio «*ne bis in idem*», como expresamente señala ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 302-303. En el mismo sentido, respecto de las lesiones producidas en el contexto de una riña confusa y tumultuaria, HUERTA TOCILDO, S., que propone la aplicación de un concurso de normas, no de delitos entre el art. 424 y 421,1. «El nuevo delito de participación en riña confusa y tumultuaria», *AD.ºP y CP*, 1990, pp. 93 y ss.

(61) Cfr. Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos calificados...», II, cit., p. 104.

Pena y proceso: fines comunes y fines específicos (1)

TERESA ARMENTA DEU

Catedrática de Derecho Procesal.
Universidad de Girona

SUMARIO: 1.1. Derecho penal y derecho procesal penal: finalidades.—2. Derecho penal como derecho privado: configuración procesal.—3. El tránsito a derecho público: efectos en el sistema procesal.—4. La evolución hasta el siglo XIX.—II.1. Las tendencias actuales.—2. Situación del enjuiciamiento penal en España: la crisis de la Administración de justicia y los medios arbitrados para su resolución.—3. La exclusión de la vía jurisdiccional y la remisión a otros órdenes: el caso de las sanciones administrativas.—4. Las modificaciones intraprocesales y su conexión con las finalidades de la pena: el principio de oportunidad y la conformidad.

I.1. DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL: FINALIDADES

Que derecho penal y derecho procesal penal constituyan dos órbitas complementarias de una misma finalidad social ¿implica necesariamente que hayan de obedecer a unos mismos principios e incluso que deban depender exclusiva y recíprocamente de sus tendencias respectivas? ¿Quiero ésto decir que fin del proceso penal y fin de la pena han de coincidir? ¿O que a determinada finalidad de la pena corresponde siempre un sistema específico de proceso penal?

(1) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada al Seminario de Actualidad Jurídica que con el título genérico «*La política criminal y el sistema de derecho penal*» se celebró en Barcelona los días 16 a 18 de junio de 1994, con motivo del nombramiento como doctor «honoris causa» del profesor Claus Roxin, organizado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, presidido por el profesor Jesús María Silva Sánchez.

Si bien una primera apreciación tiende a reclamar una orientación paralela, o al menos no contradictoria, entre fin del proceso y fin de la pena, no resulta exacto tampoco exigir una asimilación completa (2). Como la historia demuestra, es perfectamente posible aplicar un sistema procesal como el acusatorio, a códigos penales en los que la pena persigue objetivos tan diversos como los retributivos o los de prevención general. La explicación puede encontrarse en el diferente ámbito en que actúa el derecho penal material y el proceso penal, coincidente en algunos aspectos —y es ahí donde no cabe la contradicción— pero diverso en otros de índole propiamente procesal o que afectan generalmente al marco constitucional.

Para comprobar esta tesis partiré de un breve repaso de la evolución histórica, desde la implantación del derecho germánico, para centrarme posteriormente en el examen de las tendencias que se observan en el derecho y en el proceso penal, sus puntos de conexión, interjerencias, y lo que constituye su ámbito autonómico. Este iter persigue un doble objetivo: Comprobar que los factores de tensión existentes entre fines de lo punitivo y los fines garantistas no son recientes, sino que nacen con la primera construcción jurídica del delito y del proceso. Y paralelamente, constatar la frecuencia con que mecanismos propuestos en la actualidad para restaurar la paz social, recogen instrumentos contemplados en épocas muy pretéritas, lo que permitirá extraer las correspondientes lecciones sobre su funcionamiento, efectos y causa de desaparición.

2. En los orígenes del derecho penal germánico éste se equiparaba al derecho privado. La *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El castigo del culpa-

(2) Señala GÓMEZ ORBANEJA «Sólo un viraje radical hacia el principio de “prevención especial”, que implicase la individualización absoluta de la pena, con el abandono del acto como fundamento del derecho penal en favor del principio de la “personalidad”, obligaría, por lo menos para la última fase del proceso, la de fijación y medida de la pena, a renunciar a principios procesales (el debate oral, el principio acusatorio, la libre apreciación de la prueba por el juzgador) que han sido adquiridos históricamente con independencia, al menos relativa, de los cambios del derecho penal sustantivo. La maquinaria procesal, ideada principalmente para la investigación y valoración de los hechos, habría de ser entonces sustituida por un mecanismo más adecuado a la investigación y valoración caractereológica de los individuos; y como estos no se dejan reducir a tipos con igual facilidad que las acciones, la discrecionalidad del juez se sobrepondría a la legalidad, no sólo en la valoración sustantiva sino en la marcha y tratamiento del proceso.»

Ni tampoco el mayor o menor grado en que se haga pesar en el derecho penal el interés de la sociedad con subordinación del individuo, implica sin más la renuncia a las garantías históricas del proceso. Una acentuación del interés social en el derecho penal no presupone el abandono de las garantías individuales del proceso, producto histórico del liberalismo. Incluso puede sostenerse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud de la ingerencia de la colectividad a través del derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés estatal en la escrupulosa comprobación de la necesidad concreta de esta ingerencia.

ble comienza siendo un derecho del ofendido o de su grupo, ejercitable en sus inicios sin limitación alguna (3). El fenómeno punitivo surge, así, como fenómeno privado (venganza privada) puramente fáctico.

Constituye un primer avance social, la represión de los particulares instintos de venganza y el sometimiento del ejercicio de aquél derecho a unas formalidades y plazos. Esta limitación no obedece, sin embargo, a una atribución del derecho de penar al Estado, sino a la necesidad de que entre el hecho constitutivo del derecho y su ejecución se reserve la posibilidad de un reconocimiento judicial del derecho. No se persiguen entonces, al menos primariamente, funciones preventivas y de genero intimidatorio. El 'ius puniendi' desempeña una función de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de infligir un sufrimiento a quien previamente se lo infligió a ella) (4). Pero aun cabe elegir entre la *compositivo* y la vía judicial. No puede distinguirse, así, entre el principio del castigo y el del resarcimiento, ni, por ende, entre proceso civil y proceso penal.

3. Al ir apareciendo los delitos públicos, el derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad. Hace su entrada en la historia la acción popular, coincidiendo con el progresivo reforzamiento del poder público. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad.

Las funciones de naturaleza intimidatoria (general o individual) del *ius puniendi* se anteponen a la satisfacción de los intereses de la víctima y, pese a no poder afirmarse que esta última necesidad desaparezca del todo, el monopolio estatal sobre el *ius puniendi* y la erradicación de las reacciones privadas ponen de manifiesto la atención prioritaria hacia el efectivo cumplimiento de la amenaza penal, aunque de ello no quepa deducir consideraciones retribucionistas o de prevención general.

En todo caso, a medida que el derecho penal iba pasando al Estado, habían de producirse dos consecuencias de largo alcance tanto para la configuración del proceso como para la peculiar relación de este con el derecho para cuya realización actúa. La última, subsistente hoy en la gran mayoría de ordenamientos, y objeto actual de discusión en torno a su utilidad y conveniencia —lo que equivale, si bien se mira a desvincular los fines de la pena de la institución del proceso— es el principio *nulla poena sine iudicio*; la garantía jurisdiccional en términos de la doctrina penal sobre el principio de legalidad. Al tomar para sí el derecho de penar, el Estado debía destacar el deber implícito en ese derecho,

(3) GÓMEZ ORBANEJA, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», t. II, Bosch, 1951, p. 162.

(4) SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aproximación al derecho penal contemporáneo», Bosch, 1992, p. 189.

debía sentir como una carga la función de infligir la pena, tendiendo a reforzar en su propio interés la exigencia del proceso, establecida originariamente en favor del delincuente (5).

En cuanto a la configuración del proceso, la posición jurídica del Estado, en su papel de juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, provenía de un tiempo en el que el juicio tenía como objeto una relación en que el propio Estado no estaba implicado. La subsistencia y posterior incremento del principio acusatorio en estas condiciones ha sido sólo posible a través de una construcción artificial, en virtud de la cual la incorporación al proceso de un órgano como el ministerio fiscal permite salvaguardar la imparcialidad judicial a través de encomendar la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferenciados.

La introducción del fiscal en el proceso penal —que implica una quiebra incuestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio— se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegurar la persecución penal, y con ello la realización del derecho penal. Por otra, garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora. Resulta irrelevante a estos efectos cual de los dos posibles formas de atribución de estas funciones se acoga: un régimen de monopolio (sistema continental francés, italiano o alemán, por ejemplo) o un ejercicio compartido (sistema continental español). No lo es, en cambio, en torno a la función garantizadora de la persecución penal implícita en el principio de oficialidad y la idea subyacente de orden retributivo. El sistema de monopolio se compadece en mayor medida con la misma al permitir un control más directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal. De hecho, los países que han adoptado el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal, adoptaron tal modalidad en atención, tanto a una concepción pública del derecho penal que obligaba al Estado a procurar su realización, cuanto a la relegación de los órganos jurisdiccionales a su estricta función, y simultáneamente, a la configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos (6).

Retomando el hilo evolutivo, las quiebras denotadas en la aplicación del principio acusatorio (delaciones, falta de persecución por carencia de medios o interés de los particulares) unido a los cambios sociopolíticos y la falta de una dogmática elaborada en el ámbito penal, abrió paso de la mano del derecho canónico al sistema inquisitivo. Es difícil advertir en este largo período tendencias específicas desde la pers-

(5) «Hoy rige inderogablemente el principio de que ningún derecho de penar puede ser realizado antes de que sea declarado, tanto en su existencia como en su contenido, mediante sentencia, y de que la imposición de la pena no puede ser sino la ejecución legalmente regulada de una sentencia», BINDING, «*Hadbuch des Strafrechts*», I, 1985, p. 192.

(6) Una explicación más pormenorizada en mi obra «*Principio acusatorio y derecho penal*», Bosch, 1995, p. 42 y ss.

pectiva de las finalidades de la pena, que por otra parte se encontraban huérfanas de interés y elaboración dogmática. El imperio del principio de oficialidad ponía de relieve la atención principal hacia la satisfacción de los intereses públicos. Quizás incluso, en un esfuerzo interpretador 'ex post' y desde perspectivas actualizadas, cabría apreciar como meta secundaria fines correspondientes a la prevención general negativa en las frecuentes y pretendidamente ejemplarizantes ejecuciones públicas (7). Tanto la víctima como el acusado no son objeto de atención ni protección, resultando especialmente grave las tremendas limitaciones del derecho de defensa, la erradicación de la publicidad y la tortura para obtener la confesión. Como contrapartida, no obstante, el proceso inquisitivo presentaba dos instituciones destinadas a limitar y controlar el poder judicial: la prueba legal y la doble instancia.

4. Entre finales del siglo XVIII y a través del XIX, diversos movimientos irán introduciendo cambios sustanciales en la orientación del derecho penal y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de Beccaria (8); su fundamento en el contrato social (9); y la codificación, como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplen una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la ya citada máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* (10).

A esta legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley: el proceso es una regulación legal. El artículo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que conserva plenamente su vigencia, consagra el principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, pero junto a ello sienta el principio previo de necesidad: «*nulla poena sine iudicio*». En consecuencia, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso. Cabe que exista proceso sin que exista delito o se imponga

(7) Así lo interpreta también GOLDSCHMIDT, «*Concepto del proceso penal. Los dos problemas que él plantea. Teorías penales*» en «*Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*», Bosch, 1935, p. 13. Cita este autor el dicho del juez Burnet: «Man, thou are not to be hanged for stealing a horse, but that horses may not be stolen» (Hombre se te ahorca no porque has robado un caballo, sino para que no se roben caballos).

(8) «De los delitos y de las penas», 1746, cuya traducción al castellano se publicó en España en 1774.

(9) ROUSSEAU, J.J., 1762.

(10) a) sólo la lesión de las libertades aseguradas en el contrato pueden considerarse delito; b) los límites a la renuncia de las libertades deben ser ciertos e inamovibles; y c) los límites que el derecho penal implica deben configurarse desde el punto de vista de los derechos individuales. Cfr. HASSEMER, W., *Crisis y características del moderno derecho penal*, Act. Pen. 1993, n. 43.

una pena, ya que es la misma actividad procesal donde se deberá comprobar si existió aquél y si corresponde ésta.

Como se ha señalado en esto podremos encontrar la clave del concepto del derecho procesal penal y de buena parte de las relaciones entre derecho penal y proceso. En la concepción de nuestro sistema procesal penal, y al contrario del derecho privado, el derecho penal carece de realidad concreta fuera de su proceso correspondiente. El acto jurídico privado produce sus efectos dentro del mundo de las relaciones jurídico sustantivas, y la sentencia judicial (salvo en el supuesto de sentencia constitutiva) no hace sino declarar esos efectos como ya producidos y existentes. También el delito puede concebirse como un acto jurídico, pero su peculiar consecuencia la pena (o medida de seguridad) necesita del proceso, no en el sentido de que sólo en el proceso pueda declararse, sino en el de que sólo en el proceso se produce y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar, en el ámbito penal (11).

Constatar o no esta especificidad, se comprobará más adelante, resulta de singular interés a la hora de analizar tendencias actuales como la remisión de múltiples conductas a las sanciones administrativas, o la reparación, en su modalidad de alternativa a la imposición de una pena (12).

¿Existe un paralelismo entre las tesis retribucionistas y la adopción de un sistema procesal penal específico?

A primera vista, la función jurisdiccional en ejercicio a través del proceso acompañará, comunmente, a toda finalidad de la pena orientada hacia las consecuencias de la conducta ya llevada a cabo. Al menos en mayor medida que a aquéllas otras construcciones cuyo fin se sitúa en prevenirla, y en la que la pena, y sobre todo su realización a través del proceso, sólo tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal (13). Esta primera apreciación, sin embargo, debe ser muy matizada, como se intentará demostrar seguidamente.

Por otra parte, a tenor de la concepción kantiana, parece claro que un sistema de oficialidad de la acción penal resulta el más adecuado. Únicamente a través del mismo quedarla salvaguardada la realización de la justicia. Si la pena, según este planteamiento, más que justificarse tiene que imponerse, el sistema procesal debe garantizar dicha realización, encomendándola a órganos públicos. En un proceso genuinamente acusatorio donde la acusación corresponde a la iniciativa de los particula-

(11) GÓMEZ ORBANEJA, «Comentarios..», cit. t.I, p. 27 y ss.

(12) En el último caso porque la reparación parte de la utilidad de la indemnización desde el punto de vista de los fines de la pena, tanto desde perspectivas de prevención especial —el acuerdo delincuente-víctima motiva al delincuente a enfrentarse con el delincuente y sus consecuencias sociales y coadyuva a su resocialización— como de prevención general. En el supuesto de las sanciones administrativas porque éstas se imponen originariamente por órganos carentes de jurisdicción y sin la necesidad de un proceso.

(13) En este último sentido, MIR PUIG, «Derecho penal (Parte general)», PPU, 1991, p. 56.

res, ese fin restaría a la voluntad de los mismos con arreglo a criterios de oportunidad. Similar consideración cabría efectuar respecto de los delitos perseguibles a instancia de parte, e incluso de la acción popular, en cuanto implican una dejación por parte del Estado de la persecución penal en manos privadas. Esta primera apreciación, con haber estado muy extendida y ser objeto de continuo e interesado recordatorio, no es del todo correcta al reducir el fundamento del proceso y con él el principio de legalidad al derecho penal material, olvidando otras cuestiones de igual significación e incidencia, situadas más allá de este estricto ámbito.

Incluso desde la perspectiva garantista con que la retribución se contempla hoy en día, el principio de necesidad procesal actúa de manera tal que integra realmente el concepto de la pena y cabría eventualmente afirmar con CARNELUTTI que el delito es un hecho u omisión a causa del cual se inflige una pena mediante un proceso (14). Pero es que, además, la oficialidad se articula tanto a través de un proceso inquisitivo como de uno acusatorio en su modalidad mixta, al igual que la verificación de la justicia y de la verdad (15). Cuestión diversa será entonces la mayor adecuación de uno y otro a diferentes tipos de garantías —hoy en su mayoría constitucionalizadas— precisamente respecto del proceso penal como el derecho a un juez imparcial, al juez legal, a la defensa, a un proceso contradictorio... (art. 24,2 CE).

En este período histórico, como resulta conocido y se sintetiza aquí únicamente a efectos de delimitar el marco material de la cuestión, la dogmática penal ha ido elaborando paralelamente diferentes respuestas ante la pregunta sobre la finalidad de la pena, desde las denominadas teorías absolutas hasta las relativas. Desde una justificación de la misma independiente del fin que se alcance y encaminada a la idea de la reali-

(14) GOLDSCHMIDT, «Concepto del proceso penal...» en *Problemas...*, cit. pp. 7-8. Este autor, quien coincide con el procesalista italiano, añade que la explicación corriente a la necesidad del proceso para imponer la pena, consistente, en que éste constituye una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder estatal, no es satisfactoria; ya que la historia demuestra que la imposición de la pena corresponde al juez desde que hay juez y pena.

(15) En el primer sistema, el juez al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, procederá de oficio y recogerá por sí el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito. Otras personas (la víctima y el acusado) no se tienen en cuenta sino como medio de información. De ahí, que como el imputado es la mejor fuente de cognición, se le señala la exigencia de declarar conforme a verdad como un testigo imparcial, y se da vigor a esta exigencia por medio de la coacción. El sistema aborrece cualquier limitación al juez en cuanto a su intervención o la recogida del material probatorio; en tanto que omite cualquier tipo de cautela contra los prejuicios del juez frente al acusado. El sistema acusatorio coloca al juez penal en la única función de fallar las solicitudes interpuestas conforme al material aportado por las partes que defienden intereses contrapuestos. Se salvaguarda así la imparcialidad judicial, así como la dignidad del procesado. Presenta, empero, la dificultad de tener que resignarse a la actividad incompleta de las partes y ha reconocer el material defectuoso como base de la decisión. Vid. GOLDSCHMIDT, J., «Principios de la política procesal» en *Problemas...*, cit. pp. 67 y ss.

zación de la justicia (16), hasta otras que buscan la orientación de aquélla en prevenir las conductas, de forma individual o general. Ya sea a través de la prevención especial (17). Ya mediante la prevención general (18) en sus dos variantes: la prevención general negativa o intimidatoria y la prevención general positiva o afirmatoria de las convicciones penales (19). A ello conviene añadir la victimología como doctrina surgida frente al olvido que para la víctima había supuesto el tránsito del derecho penal de privado a público, y a cuya tutela se apela a la hora de fundamentar otras tendencias, como por ejemplo, la reparación (20).

(16) La justificación no se desprende de cualquier fin que se alcance a través de la pena, sino sólo de la idea de la realización de la justicia (el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa mediante la imposición de una mal penal. La pena no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia (KANT, «*Die Metaphysik der Sittens*»). La conocida fórmula dialéctica de HEGEL sobre la esencia de la pena como una negación de la negación del Derecho, significa exactamente lo mismo: el delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el derecho lesionado. La teología cristiana, a juicio de Roxin, sustenta asimismo esta opinión considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como la ejecución de la función judicial divina. ROXIN, «*Sentido y límites de la pena estatal*», en «*Problemas básicos del Derecho penal*», (trad. Luzón Peña), 1976, pp. 11 y ss. Pese a sus limitaciones de sobra conocidas, la idea de proporcionalidad de la pena con el delito y la garantía que ello implica para el ciudadano, han supuesto la posibilidad de su vigencia desde tiempos del absolutismo hasta nuestros días, como forma de impedir determinados excesos surgidos en aplicación de las teorías de la prevención.

(17) Teoría que surgió después de las dos guerras mundiales, en atención fundamentalmente a la falta de respuesta positiva de la retribución. Formulada ya en la época de la Ilustración había retrocedido ante la teoría de la retribución, para resurgir a finales del XIX gracias a v. LISTZ. A su tenor, la pena no debe retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor a través de tres instrumentos: corrigiendo lo corregible; intimidando al todavía intimidable; y, finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena privativa de libertad a los que no son ni corregibles ni intimidables. ROXIN, «*Sentidos y límites de la pena estatal*» en «*Problemas básicos del derecho penal*», cit. p. 15.

(18) Introducida en su sentido moderno por FEUREBACH, FILANGIERI y BENTHAM, concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad. Se previene frente a la colectividad y con anterioridad al delito. Este fin que en el Antiguo Régimen se confiaba a la ejemplaridad de la ejecución de la pena, fue traladado por el autor alemán, desde la perspectiva legalista propia del liberalismo, al momento de conminación contenida en la ley. La pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos para que no delincan. La ejecución de la pena sólo tiene sentido en esta construcción para confirmar la seriedad de la amenaza legal. MIR PUIG, *Derecho penal (Parte general)*, cit. p. 56.

(19) Armin KAUFMANN, citado por Mir, señala tres cometidos en la prevención general positiva: una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; y, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho, no una actitud moral. Cfr. *Derecho penal*, cit. p. 57.

(20) El delito se instituye en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado, como infracción de bienes estatales, como lesión de bienes jurídicos (valores) que la sociedad constituída en Estado estima necesario proteger. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el derecho Penal» en el libro colectivo coordinado por BERISTAIN y de la CUESTA donde se recogen

II.1. La aplicación partir de los años sesenta en norteamérica y países escandinavos de las tesis resocializadoras y los excesos que con ello se provocaron (21), condujeron a un movimiento denominado neoclásico o garantista, cuya principal aportación desde la perspectiva que aquí interesa es la relevancia otorgada a las garantías del Estado de Derecho, como elemento legitimador del Derecho penal en orden a la prevención general (22).

Una aproximación a la situación actual del derecho penal nos sitúa ante un complejo panorama en el que la doctrina destaca, entre otros y atendiendo a su relevancia desde la óptica del proceso, los siguientes elementos: a) la progresiva incriminación (23), en clara tensión con otras dos tendencias cuales son: la mínima intervención penal y el escepticismo ante la pena privativa de libertad como instrumento adecuado para la prevención especial, singularmente para la resocialización; y, b) la prevención como paradigma dominante, con grave riesgo —se

múltiples ponencias del «curso sobre victimología» organizado por el Instituto Vasco de Criminología, celebrado en San Sebastián del 1 al 4 de agosto de 1989.

En cuanto a la reparación, en sus múltiples versiones (pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito, junto a la sanción penal, así en España, Portugal y países iberoamericanos, o regulada a través de un proceso de adhesión, como Alemania; como circunstancia atenuante de la responsabilidad del delincuente, en Austria, Italia y Grecia; o, sin ánimo de exhaustividad, como condición de la concesión de una 'probation' o de instituciones próximas y presupuesto de beneficios penitenciarios, en Alemania, Dinamarca, Austria y los EE.UU. de norteamérica) actúa además como factor coadyuvante de la resocialización. La bibliografía es muy abundante, y puede hallarse en cualquiera de los trabajos monográficos elaborados por la doctrina penal.

(21) Determinados movimientos científicos fueron el origen de lo que se ha dado en denominar «despedida de Kant y Hegel» en la teoría de los fines de la pena y la aparición —sobre todo en los países escandinavos y norteamericanos— de teorías de prevención especial resocializadoras, a tenor de las cuales —en su versión más radical— la pena debía sustituirse por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (proporcionalidad, culpabilidad, principio de hecho) sino que debían atender a la constatación de una peligrosidad en el sujeto. Vid. entre otros y por todos MIR PUIG, «Introducción a las bases del Derecho penal», Barcelona, 1976, pp. 68 y ss., OCTAVIO DE TOLEDO, «Sobre el concepto de derecho penal», Madrid 1981 p. 210 y SILVA SÁNCHEZ, «Aproximación...», cit. p. 27. De su fracaso y exceso, dan noticia, GARCÍA PABLOS, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal» en «Estudios penales», Barcelona 1984, pp. 17 y ss. y, MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito» en Mir Puig (comp.) «La reforma del derecho penal», Bellaterra 1980, pp. 61 y ss.

(22) Se vuelve a planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX. La finalidad no es otra que el poder punitivo del Estado se someta a control y quede vinculado a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad. vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Aproximación...», cit. pp. 35-36.

(23) En la que influye no poco la protección de bienes jurídicos, como criterio criminalizador, y no al contrario según actuaba originariamente. «Lo que clásicamente se formuló como una crítica al legislador para que se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas». HASSEMER, W., *Crisis...*, cit. p. 638.

afirma— para las garantías, entre otras la aplicación de los principios de igualdad y de tratamiento igualitario (24).

¿Cómo se ha desarrollado entretanto la ciencia procesal penal y su objeto de análisis?

¿Puede hablarse también en su seno de una constante crisis?

¿Cuales son sus principales problemas y las soluciones que se sugieren para remediarlos?

Si, como se admite unánimemente, el derecho procesal penal debe encaminarse a realizar el derecho penal material: ¿Han de formularse de manera idéntica los fines de la pena y los fines del proceso penal?

Sin perjuicio de posteriores matizaciones al hilo de cuestiones más concretas, conviene volver a recordar ahora que la relación derecho penal-derecho procesal penal se presenta, al menos, en dos planos diversos. En cuanto vía de materialización del derecho penal, éste suministra al proceso su objeto (la imputación y la consecuencia jurídica). En cuanto el fenómeno procesal constituye un suceso histórico y dinámico (una situación jurídica) que comprende no sólo las relaciones entre las partes, sino las de estas con el Estado, y en donde entran en juego principios constitucionales y procesales que directamente nada tienen que ver con el derecho penal material (derecho a proponer pruebas, derecho a conocer de las actuaciones, derecho a no declararse culpable, derecho a no declarar contra uno mismo, a no testificar, a no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio..... (25).

2. Por lo que hace al panorama procesal, el enjuiciamiento penal español o por mejor expresarlo, el legislador y un amplio sector de la doctrina, de manera similar al resto de los ordenamientos procesales de nuestro ámbito jurídico, sitúan el aspecto más negativo del orden procesal penal en su lentitud, lo que unido a la creciente incriminización ha abocado a un práctico colapso de la Administración de justicia que redundará inevitablemente en una pérdida de confianza en la misma y una ausencia de eficacia de la pena, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la prevención general (26).

(24) Una relación de autores y trabajos sobre la situación actual del derecho penal excede el marco de este trabajo; sirva a estos efectos el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, J.M., ya citado, por su actualidad y completa bibliografía.

(25) Señala HASSEMER, «El proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del Derecho penal. En él se realiza el Derecho penal material, que le suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisoria, no viene juzgada por el derecho penal material». cfr. *Introducción...*, cit. p. 125.

(26) La vía jurisdiccional de resolución de conflictos es frecuentemente acusada de varios aspectos negativos: su formalismo y rigidez que le impide adecuarse a la versátil realidad social; su duración y coste; la publicidad como elemento intimidador; la atención más centrada en los aspectos contradictorios que en los que pueden ser objeto de acuerdo.

En cuanto a la prevención general y la ineficacia de la pena, deben recordarse, las advertencias que ya formulara BECCARIA en 1764: «quanto la pena será piú pronta e piú vicina al delitto comesso, ella sara tanto piu giusta e tanto piu utile».

El proceso penal, la justicia penal, se afirma, no funciona. Resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la ya citada progresiva incriminación han vuelto a justificar una limitación de aquél a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado, como intentaré demostrar seguidamente. El carácter altamente formal, a su vez, provoca una duración de los procesos que se evalúa como excesiva. Las nuevas formas de criminalidad en el ámbito económico, de la criminalidad organizada o del medio ambiente parecen evidenciar, por su parte, una administración de justicia necesitada de instrumentos actualizadores.

Se produce, así, una huída del proceso hacia mecanismos alternativos, que abarca desde la despenalización de las conductas, hasta la remisión de las mismas a otros ordenamientos (singularmente el administrativo y el civil), pasando por el traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales de muy diversa índole como el arbitraje, la mediación, el consenso... (27).

Sin abandonar el proceso, pero modificándolo más o menos sustancialmente se adoptan las siguientes medidas:

A) Reducir al mínimo la fase instructora —o incluso eliminarla— ante la ausencia de necesidad de continuar la investigación, en atención a cuatro eventuales circunstancias: a) haberse reconocido los hechos (art. 789,V LECrim.); b) la flagrancia de estos últimos (art. 790,1, II y III y 790, 6,V y VI LECrim.); c) la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta (juicio de faltas, arts. 962 y concordantes) o d) resultar de la denuncia, querrela o cualquier actuación procesal (sic) la imputación de un delito, confirmada su verosimilitud (art. 24,1 LO 5/1995 de los Tribunales del Jurado). Y, B) ampliar notablemente los supuestos de conformidad existentes (arts. 791,3, 793,3 LECrim. y 50 LO 5/1995, de los Tribunales del Jurado), a fin y efecto de reducir la fase cognoscitiva o de juicio oral.

No son ajenos a dicha pretensión aceleradora la supresión de recursos contra resoluciones interlocutorias, y singularmente la drástica eliminación del recurso de casación en todos los supuestos de delitos perseguibles con penas inferiores a doce años de prisión, y su sustitución por el recurso de apelación, circunstancia que equivale a establecer un tratamiento diferenciado para los delitos castigados con pena inferior a la citada, y aquéllos cuya pena es superior (28).

Finalmente, lo general del problema se comprueba fácilmente por constituir uno de los aspectos tratados monográficamente por el Comité de Ministros de la CEE el 17 de septiembre de 1987, durante la 410 reunión de los Delegados de los Ministros, de donde surgió la Recomendación n. R(87)18 a los Estados miembros relativa a la simplificación de la justicia penal.

(27) Una primera relación, algo desordenada, en FAIRÉN GUILLÉN, *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid 1991. Los denominados «Alternative Dispute Resolution» comprenden instituciones de muy diversa índole. Unos dependen más o menos de la administración de justicia formal; la formación a partir de instancias comunitarias; la atribución de mayor o menor ámbito de decisión al mediador...vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Medios no judiciales de reparación a la víctima*, mecanografiado, p. 8.

(28) Al margen de la inexistente justificación de este desigual tratamiento jurídico, se provocan problemas añadidos señaladamente en el ámbito penal. Vid. mi trabajo, *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en RGD, julio-agosto 1994.

Completan, finalmente, las medidas adoptadas con este objetivo las limitaciones en cuanto a: los efectos de determinadas actuaciones del acusador privado en el proceso abreviado (29), el ofrecimiento de acciones (30), o la agilización del procedimiento (31).

Toda esta dinámica, que se enmarca en tendencias comunes de las últimas reformas de ordenamientos procesales vecinos como el portugués y el italiano implican, no obstante, una notable reducción de garantías que debe ponderarse en relación, precisamente, con las citadas finalidades de la pena. Evaluación que ha de atender, en definitiva, a los fines en tensión: del derecho penal (de lo punitivo), y del derecho (las garantías) (32). La meta, el objetivo común, consiste en procurar reducir las tirantezas existentes en tres ámbitos de no siempre fácil conciliación: la necesidad de protección de la sociedad, de la víctima, y del delincuente, desde una perspectiva penal, y los postulados que exige el Estado de Derecho en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de derechos de los ciudadanos ante esta última en textos legales fundamentales: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Constitución, etc.

(29) Singularmente en torno al artículos 790,1 LECrim —objeto en su día de resolución del Tribunal Constitucional, favorable— y conforme al cual, a la hora de acordar la apertura del juicio oral, y solicita de las partes acusadoras que se pronuncien sobre tal apertura, el sobreseimiento o la práctica de diligencias complementarias para esclarecer suficientemente los elementos de la acción penal (el sujeto o sujetos y los hechos); estableciendo que la solicitud del órgano de la acusación oficial es vinculante para el juez, y no lo es la que proviene de las restantes partes acusadoras.

(30) Que en el proceso ordinario por delitos graves obliga al juez a «buscar» entre todas las partes acusadoras, y en su defecto, a plantear el sostenimiento de la acción ante el superior del Ministerio fiscal; en tanto en el proceso abreviado se reduce a elevar la cuestión al superior del órgano oficial de la acusación.

(31) Reducción de la fase de instrucción preparatoria a las actuaciones mínimas si se estima suficientes las practicadas en el atestado (arts. 789,1, 2, 3 y 4, y 790,1); establecimiento de plazo común para las acusaciones y la defensa a efectos de formular el escrito de acusación o solicitar el sobreseimiento (arts. 790,1 y 791,1); utilización del recurso de queja en lugar del de apelación; limitación de las consecuencias anulatorias de la vista (art. 793,4); supresión de gran número de trámites (arts. 789,4, y los enumerados en el artículo 785, todos de la LECrim); o posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en determinadas circunstancias (art. 793,1), entre las más destacables.

(32) No es suficiente afirmar que el fin del derecho penal es el de las consecuencias jurídicas (penas y medidas), configurándose los demás fines como meros límites a esa fundamentación puramente preventiva. Debe tenerse en cuenta una tercera consecuencia jurídica: la libertad. Dada esa bilateralidad, necesidad de lo punitivo como remedio contra la proliferación de la violencia informal, y la imprescindibilidad de criterios de utilidad y garantísticos como freno a las tendencias tiránicas del poder y factor de progreso (minimización de la violencia estatal) debe hablarse de fines, en plural, del derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit. p. 193. En ningún caso puede el legislador llevar la desformalización hasta el punto de abandonar una de las tareas fundamentales del derecho penal, como son las garantías formales, con la correspondiente lesión del principio de legalidad». HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanc, 1989, p. 175.

Varias de estas soluciones, como se ha señalado, parten del previo rechazo de la que podríamos denominar «opción jurisdiccional». Nacen y se justifican, en efecto, por el fracaso del proceso judicial como medio idóneo para solventar el conflicto social originado por el hecho delictivo. Frente a las mismas parece elemental someter a consideración el peso de la historia, de una teoría del proceso elaborada durante siglos, y del recordatorio de los abusos que marcaron la necesidad de un proceso garantista como instrumento elemental para la justicia penal. El esfuerzo de depuración conceptual y de juridificación descrito al inicio de este trabajo, singularmente a partir del siglo XIX, o la desaparición de una concepción privada del derecho penal, deben al menos situarse en la balanza frente a otros elementos de signo más utilitarista. Máxime cuando a la postre, la mayoría de soluciones alternativas terminan buscando su legitimación en el cumplimiento de una serie de garantías tomadas directamente del derecho procesal. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto, actual y debatido de las sanciones administrativas, del que a modo de ejemplo, paso seguidamente a destacar algunos aspectos ilustrativos de la afirmación que acabo de realizar (33).

3. En España, pese a la concepción de la potestad sancionadora, conforme a la cual la recepción e interpretación de la separación de poderes no impedía en modo alguno a la administración ser titular de una potestad sancionadora propia, el constitucionalismo decimonónico atribuyó la potestad punitiva estatal a jueces y magistrados (34). Sintetizando al máximo una evolución estudiada por la dogmática administrativa y penal, a partir de la Dictadura de Primo de Rivera y a través de la República y la época franquista, una creciente politización y utilización del poder sancionador en materia de orden público o en relación con derechos fundamentales, ha disparado los poderes sancionadores de la Administración (35). A esta circunstancia se ha unido la ya señalada insuficiencia del sistema penal en un doble plano, el material en temas como el tráfico, la vivienda, el medio ambiente, o las actividades comerciales, en conjunción con tendencias en el ám-

(33) No puede ser otra la finalidad de las breves líneas que siguen, referidas a un tema de tanta enjundia y complejidad, que por otra parte, es objeto de profundo interés y análisis por muchos especialistas, desde diversas perspectivas.

(34) Los artículos 242 y 248 de la Constitución de Cádiz consagraban este monopolio y el artículo 172 prohibían al Rey «privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle por sí pena alguna». Esta negación se compatibilizaba, no obstante, con el reconocimiento de un cierto ámbito de competencias a los alcaldes. MATTES, H., *Problemas de Derecho penal administrativo: historia y Derecho comparado*, Madrid, 1979 y, PARADA, R., *Derecho administrativo*, I, pp. 456 y ss. Un análisis más pormenorizado del período decimonónico en la obra de NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 2 ed., Madrid, 1994, pp. 49 y ss, bajo el esclarecedor título: «La lección del siglo XIX».

(35) NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit. «passim»; PARADA, R., ob. cit. pp. 460 y ss., y, MARTÍN RETORTILLO, L., *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, 1973, entre otros.

bito penal hacia la mínima intervención (36); y el procesal, a causa singularmente de la rigidez de determinadas reglas (*nulla poena sine iudicio*), la disminución en el enjuiciamiento de una participación funcional, originada en la mayoría de las ocasiones en privilegios hoy en día difícilmente justificables, y muy especialmente, la que ha sido descrita como retirada de los jueces, desbordados por el trabajo (37).

En este tránsito del derecho penal al administrativo, la Constitución de 1978 y la posterior labor interpretativa del Tribunal Constitucional han incidido de manera relevante en el sentido específico de exigir la incorporación al ámbito sancionador administrativo de las garantías procesales —que en su mayoría referidas al proceso penal— se contemplan en el artículo 24 de la Norma Suprema (38). En esencia y muy apretado resumen, se condiciona la imposición de sanciones administrativas a la concurrencia de los siguientes requisitos (39): a) la aplicación del principio de legalidad; b) la interdicción de las penas privativas de libertad; c) el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el citado art. 24 (40); y, c) la subordinación de la potestad sancionadora de la administración a la autoridad judicial. Además, se condiciona el ejercicio de dicha potestad a la observancia de determinado procedimiento (41) y a la necesidad de audiencia del interesado.

(36) Ejemplo claro lo constituye la última reforma del código penal por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, y especialmente en aquéllos supuestos en que amén del criterio general justificador de la despenalización que alude a las exigencias de *ultima ratio* y del carácter fragmentario del derecho penal, se trata de conductas de mero incumplimiento de disposiciones del orden administrativo, por ejemplo el antiguo artículo 577,4 (falta de infracción de las disposiciones sanitarias dictadas por la administración sobre conducción de cadáveres y enterramientos) o el derogado artículo 581,4 (infracción de los reglamentos, ordenanzas y bandos de la autoridad sobre elaboración y custodia de materiales inflamables, corrosivos o productos químicos que produzcan estragos).

(37) NIETO, *Derecho sancionador*, cit. p. 82. Como indica este autor, si se hicieran realidad los sueños garantistas de GARCÍA DE ENTERRÍA y PARADA, se colapsaría de inmediato la Administración judicial o habría que multiplicar por diez mil (sic) la plantilla judicial. Desde una perspectiva procesal, GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, 1994.

(38) El art. 25 CE al establecer el principio de legalidad en materia punitiva, lo refiere tanto a la penal como a la administrativa, lo que en definitiva, constitucionaliza esta última; vid., además, el párrafo tercero donde se admite a *contrario sensu* sanciones administrativas, siempre que no impliquen privación de libertad. Y, finalmente, el art. 45.3 CE con respecto al medio ambiente.

(39) STC 77/1983, de 3 de octubre.

(40) Se han visto derogadas las disposiciones que permitían ejercer la potestad sancionadora sin procedimiento, impedían la revisión jurisdiccional o simplemente la obstaculizaban, como el principio *solvet et repete* o la prohibición de *reformatio in peius*. Y han debido incorporarse las garantías comprendidas en el derecho de audiencia y defensa y a la presunción de inocencia.

(41) Procedimiento al que serán aplicables las garantías contempladas en el art. 24 CE. Así, y ya recogidas por las Leyes administrativas: separación entre el órgano instructor y el órgano sancionador (art. 134,1 y 3 LRJAP y LPA); derechos de audiencia y defensa que comprenden (a) derecho a ser notificado de los hechos que se imputan y de la sanción que puede corresponder, así como de la autoridad competente y de la norma que le atribuye la competencia, y a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa pertinentes (art. 135 LRJA y LPA); derecho a la presunción de inocencia...

Con todo, y quizás porque la completa asimilación eliminarla las razones del mencionado tránsito y los efectos de la construcción jurisprudencial de «la doble potestad sancionadora», nacida de la «unidad superior» del *ius puniendi* (42), esta tendencial equiparación deja diversos y relevantes aspectos en el camino, y de ahí lo ilustrativo del ejemplo. Entre ellos y por citar tan sólo «las adecuaciones» y «matices» más relevantes (43): a) la exigencia de reserva legal que opera en materia penal, «rebajada» para las sanciones administrativas a la denominada por el TC «cobertura legal» y que permite que la tipicidad pueda remitirse a la potestad reglamentaria (44); b) la admisión de supuestos que vulneran el derecho a no declarar contra sí mismo (45); c) la exclusión del derecho a la asistencia letrada; y, d) la admisión de ejecución de la sanción, pendiente recurso contra la misma, en clara contradicción, tanto con el principio de presunción de inocencia, cuanto con la efectividad de la tutela judicial, que puede malograrse o devenir imposible si los efectos de la sanción ejecutada no son fáciles de remediar en caso de resolución posterior que anulara la

(42) STC 18/1981 y las consecuencias dogmático-conceptuales que de la misma extrae NIETO, ob. cit. pp. 86 y ss. y 156 y ss. Entre estas, singularmente, la inspiración del derecho administrativo sancionador en el derecho público estatal, de donde emana, y no del derecho penal, que es una de las variantes de aquél. Se apresura, no obstante, el autor a señalar, teorías al margen, la necesidad de aplicar un derecho penal más elaborado en atención a su mejor técnica y experiencia, y a la aplicación general de la garantía de los derechos individuales que la legislación penal ha consolidado.

(43) Se utilizan estos términos en el sentido exigido por la jurisprudencia, respecto de la aplicación de los principios penales a las sanciones administrativas. SSTC de 18 de junio de 1981; 66/1984; y 181/1990, así como una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, citada y analizada por NIETO, ob. cit. pp. 171 y ss.

(44) La ley formal sólo debe contemplar una descripción genérica de las conductas sancionables: las clases y cuantía de las sanciones; no la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas. SSTC 15 de octubre de 1982; 14 de junio y 3 de octubre de 1983; y 7 de abril de 1987. O como indica la más reciente STC 61/1990 la aplicación en el campo sancionador del requisito de legalidad formal y constitucional, no impide hablar de una adaptación a los casos de relaciones administración-administrado, en concordancia con la intensidad de la relación.

(45) La tipificación como infracción tributaria de la 'falta de aportación de pruebas contables o la negativa a su exhibición dentro de un expediente sancionador (art. 83,3f LGT) equivale a un deber de colaboración contra uno mismo, que con base en poco convincentes razones de garantía judicial efectiva (STC 166/1986), otorga a las inspecciones administrativas y tributarias poderes que no se reconocen al juez de instrucción por atentar contra el derecho del inculcado a guardar silencio y a no proporcionar pruebas o documentos que le comprometan. Como certeramente señala PARADA: «En definitiva, el fondo de la cuestión está en que sigue pesando la concepción dual del poder punitivo del Estado que, en contra de lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, separa de forma inadmisiblemente a efectos de garantías procesales la sanción penal de la administrativa para soslayar los principios garantizadores que inspiran la aplicación de cualquier derecho punitivo», «Derecho administrativo...», cit. p. 493.

sanción; o, la garantía del *nulla poena sine iudicio*, que obliga a respetar la situación previa a la sentencia de primera instancia (46).

Sirva este ejemplo para reflexionar, cuando menos, sobre dos cuestiones: la dificultad inherente a la mecánica traslación de institutos jurídicos a realidades diversas; y el camino 'de ida y vuelta' que con dicho trasiego se provoca, en razón generalmente de la búsqueda inicial de mayores garantías en su aplicación, que deriva en una segunda etapa de sustitución de estas por instrumentos que cedan a la eficacia, ya sea por adecuación a la propia naturaleza, ya por necesidad de mayor celeridad, para tornar finalmente a la necesidad de aplicar a estos segundos instrumentos mecanismos garantistas que quizá coincidan con los originariamente eliminados. Se tratará, a la postre, desde la perspectiva de las finalidades de la pena, de evitar el citado riesgo, incorporando una opción legislativa previa (de política criminal) consistente en ponderar el objetivo que debe perseguirse por medio de la pena, en relación con las garantías que a su través quedarán limitadas o sencillamente eliminadas (47).

4. Perfiles diferentes presenta la alternativa consistente en modificar los efectos del proceso a través de instrumentos más allá de la determinación e imposición de una pena o medida de seguridad (mediante la reparación, por ejemplo). O cuando el remedio se centra en la restricción del principio de legalidad. En estos casos, el juicio de valor afecta directamente al proceso, a sus mecanismos garantistas, y a la postre, a la Administración de justicia y la confianza depositada en ella por los ciudadanos. En tanto aquél primer juicio de política criminal actúa y resta en el ámbito legislativo, incidiendo en el jurisdiccional sólo en cuanto lo aligera de trabajo, éste, al tener un efecto más directo en la citada Administración de justicia, debe evaluar los efectos en todo su complejo

(46) PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo...*, cit. p. 515.

(47) El riesgo se incrementa cuando la se adoptan «soluciones desformalizadas» como arbitrajes, la composición o la misma conformidad. Si bien las mismas ofrecen la ventaja de aliviar la sobrecarga de la administración de justicia, y de ofrecer al implicado una forma de elaboración del conflicto más adecuada a sus intereses (en el círculo social de la empresa y corporación, por ejemplo); el propio implicado recibe menos garantías: se le obliga de algún modo a confesar y a arrepentirse; se limitan sus posibilidades de actuación y defensa; y no se elimina la estigmatización del proceso, sino muy al contrario, puede incrementarse, ya que todo se realiza y percibe en ámbitos reducidos y cercanos a la intimidad. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, cit. p. 127. Una perspectiva penal y procesal penal, donde se acomete la necesidad de modificar el proceso penal y las garantistas que debe tomarse en consideración la efectua WOLTER, J., *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, München, 1989.

entramado, enmarcándose en una opción coherente con el sistema procesal y las garantías que el mismo comprende (48).

En este orden de cosas y a partir de un argumento no siempre lineal, en virtud del cual, la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad, conduce ineludiblemente a la adopción del principio de oportunidad, una amplia corriente doctrinal aboga por la extensión del mismo a un creciente ámbito de aplicación (49). Este argumento se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden: a razones de interés social o utilidad pública (50); a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquéllos otros en los que la pena carece de significación (51).

(48) A raíz de la reforma que se produjo en 1988 (Ley de 28 de diciembre) y al hilo de su discusión previa se produjeron informes negativos respecto de la incorporación a nuestro ordenamiento de dos temas fundamentales: el principio de oportunidad, y la atribución al fiscal de la fase investigadora. Diversas Juntas de Fiscales, el CGPJ y un buen número de autores se pronunciaron en contra del entonces Proyecto. Y las críticas, como se deduce de la abundante bibliografía al respecto, no han mitigado. Reduciendo las citas a las monografías son especialmente ilustrativas cuatro: DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales investigadores, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, 1988.; FERNÁNDEZ ENTRALGO, ANDRÉS IBÁÑEZ, CONDE-PUMPIDO TOURÓN; PÉREZ MARINO y VARELA CASTRO, *La reforma del proceso penal*, tecnos, 1990; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, 1991; y BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal español*, Tirant lo Blanc, 1994. Argumentos a favor pueden encontrarse en la obra de GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1990 y en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989.

(49) El razonamiento falla en su conclusión. La exclusión de la sujeción al principio de legalidad, como causa esencial del colapso de la administración de justicia, puede valorarse como un buen o el mejor remedio o no, pero en todo caso no es el único. Junto a él y en una primerísima aproximación figuran, cuando menos: el incremento de la dotación de la administración de justicia de medios personales y humanos, y la eliminación de determinadas conductas del código penal, y con ello, la necesidad de un proceso para imponer la pena en él prevista.

(50) La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y, favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación. Gran parte de estos motivos han sido incorporados por el ordenamiento procesal penal alemán, en los párrafos 153 y ss. StPO. A pesar de ello, no toda la doctrina alemana coincide en su bondad, vid. HÜNERFELD, *Kleinkriminalität und Strafverfahren*, en ZStW, 1978, pp. 909 y ss.; NAUCKE, *Emphielt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?*, Gutachten für 51 DJT, 1976, T. I., pp.115 y ss.; MOOS, *Zur reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte*, 1981, pp. 141 y ss.; y, entre otros, RIESS, P., en *Löwe-Rosenberg Grosskommentar*, 23 ed., 1986.

(51) ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*..., cit. pp. 194 y ss.

Sería reiterativo volver a exponer los problemas jurídicos que suscita la incorporación del citado principio al ordenamiento español, amén de los que diferentes voces han puesto de manifiesto sobre todo a partir de la nueva regulación de la conformidad por ley de 28 de diciembre de 1988 (52). En su defecto, señalaré las conclusiones —o más bien elementos para la reflexión— que desde un punto de vista general ofrece el principio de oportunidad en el conjunto del sistema procesal penal de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta perspectiva cuenta con la ventaja añadida de poderse trasladar en muchos aspectos a otras tendencias actuales, imposibles de pormenorizar aquí y ahora, que como la reparación constituyen en varias de sus manifestaciones también aplicación del principio de oportunidad (53); así como ser un ejemplo señero de la necesaria conexión, en ocasiones, entre fines de la pena y del proceso penal.

Las referencias incidirán fundamentalmente en aquéllas extereorizaciones —de entre las muchas que el principio de oportunidad ofrece (54)—

(52) A mero título indicativo, con carácter general, pueden consultarse, AAVV, *El nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1989; AAVV, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...*, cit. pp. 145 y ss.; CALVO SÁNCHEZ, *La reforma del proceso penal*, en Poder Judicial, n. 17; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Principio de legalidad y el uso de la oportunidad*, en Poder Judicial, 1987; FAIRÉN GUILLÉN, *Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988*, en Justicia 1989; GIMENO SENDRA, *La nueva regulación de la conformidad (Ley orgánica 7/1988)*, en La Ley 1990.3, pp. 977 y ss.; ORTELLS RAMOS, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia, 1989; DE LA OLIVA SANTOS, *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, en RGD, oct. nov., 1992, pp. 9853-9903; y, BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1994.

(53) La reparación presenta múltiples vertientes, cuyo análisis ha venido efectuando la dogmática penal, sobre todo a partir de que la victimología llamó la atención sobre el olvido en que aquélla había situado al perjudicado por el delito. En Alemania, país donde su estudio ha sido especialmente intenso y los defensores particularmente entusiastas como se pone de manifiesto en la obra «Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), Munich, 1992», se ha incorporado a su Ordenamiento Jurídico en el año 1995, limitado a la denominada criminalidad bagatelaria. Desde la perspectiva procesal, las cuestiones que suscita su aplicación —y cuya simple cita desbordaría los cauces de este trabajo— deben tener presente el sistema procesal al que se incorporaría, partiendo de aspectos esenciales como el principio de legalidad —que es el que aquí se resalta— para llegar a otros—, como el efecto que provocaría en la persecución penal (ejercicio de la acción, defensa del interés público, ejecución de la pena, etc) cuando la adopción de mecanismos como este conlleva sin duda una nueva aproximación a métodos propios del derecho privado.

(54) De carácter muy amplio, comprensivo de todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, como defiende BACIGALUPO, *Descriminalización y prevención*, en Poder Judicial, 1987, n. esp. II, pp. 14 y ss. De ámbito relativamente amplio, que abarca institutos como la querrela, denuncia, indulto, amnistía, etc...en opinión de GIMENO SENDRA, *Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)*, Justicia, 1987, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El principio de legalidad y el uso de la oportunidad*, en Poder Judicial, 1987. Hasta, finalmente, un concepto estricto, que particularmente me parece el más correcto, limitado, subjetivamente, a los órganos públicos y, objetivamente, al marco exclusivo de aplicación del principio de legalidad en el proceso, ARMENTA DEU *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit. p. 210.

que afectan directamente al proceso de dos maneras concretas: no iniciándolo, a instancias del fiscal, con arreglo a la concurrencia de determinados requisitos (55); y poniéndole fin anticipadamente por efecto de la conformidad entre el acusado y los acusadores (56).

A) En cuanto a la primera manifestación conviene señalar inmediatamente que no existe en España un precepto legal semejante a los parágrafos 153 ss. de la StPO alemana. La reforma de 1988 pretendía, como se admite hoy sin ambages, modificar el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encomendando la dirección de la fase instructora al fiscal, como paso previo para introducir una aplicación semejante del principio de oportunidad. Pese a que aquél primer objetivo se frustró, por la inclusión en el articulado de la obligación del fiscal de cesar en sus actividades instructoras así tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 785bis,3 LE-Crim), esta pretensión vuelve a manifestarse en la reciente Ley Orgánica de los Tribunales del Jurado (vid. Exposición de Motivos). La conformidad, por su parte, será objeto de unas consideraciones finales, al término de estas conclusiones en torno al principio de oportunidad.

Frente a los argumentos que militan a favor de la inclusión en nuestro ordenamientos procesal del principio de oportunidad en sus modalidades más amplias, deben ponderarse a mi juicio ineludiblemente las siguientes consideraciones:

a) El principio de oportunidad surge —la historia lo demuestra— ante la incapacidad de la Administración de justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor.

Si así sucede, las limitaciones al deber de persecución que su uso implica han de someterse en todo caso a requisitos de diversa índole. Por una parte, el respeto de los principios constitucionales y procesales y su configuración de manera tal que queden salvaguardados: la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la atribución de la función jurisdiccional a los órganos a quienes le viene encomendada (art. 117 CE). Por otra parte, la pretensión aceleradora no debe ser ni la única, ni quizá la finalidad prioritaria: las tendencias de política criminal y de derecho penal imperantes constituirán el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder ante la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así, las que concurren en el hecho, en el autor, en la víctima, los intereses del Estado...) (57).

(55) Apartado A).

(56) Apartado B).

(57) Son muy abundantes los trabajos de la doctrina alemana a este respecto. Destacan entre los que limitan el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a la concurrencia de una serie de garantías RIESS, «Die Zukunft des Legalitätsprinzips»,

b) Desde el momento en que el principio de oportunidad implica la excepción de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho —como garantía frente al abuso de las facultades públicas— su implantación debe arrostrar el peligro de desequilibrar aquéllos, especialmente en países en los que, como España, la fiscalía carece de la necesaria independencia (58). Asimismo han de constatarse, desde esta perspectiva, dos riesgos: el uso indebido de las facultades discrecionales en favor de los intereses del ejecutivo; y la quiebra de la imparcialidad, al aunar las funciones acusadoras y enjuicadoras, esta vez en manos del fiscal (59).

c) No es cierto, por otra parte, que la vigencia absoluta del principio de legalidad corresponda a una concepción kantiana del derecho penal. Como se ha demostrado cumplidamente a través de las diversas fundamentaciones que el principio de legalidad ha tenido a lo largo de la historia, esto es, garantizar la justicia sin consideraciones particulares hacia la persona; ser el correlato del monopolio de la acción penal en manos del fiscal; y establecer el derecho de pretensión material; el repetido principio no tiene una fundamentación única en el derecho penal, sino que obedece a otros motivos que exceden este marco y con los que debe conjugarse; así, las finalidades de la pena serán decisivas para el establecimiento de las excepciones al deber de perseguir un delito y sus requisitos. Pero este supuesto excepcional no deberá suponer atribuir a un órgano no jurisdiccional funciones que sólo a jueces y magistrados corresponden (60).

NSZ, 1981, y los comentarios correspondientes a los párrafos 151 bis a 157 y el 172 de los *Löwe-Rosemberg Grosskommentar*, 23 ed., 1986. Partidario de un ámbito de aplicación más amplio es WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978. Una completa referencia a todas las cuestiones en mi obra, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit. pp. 58 y ss.

(58) Como los recientes casos de corrupción política parecen haber puesto de manifiesto, toda precaución no es exagerada a la hora de salvaguardar las garantías del Estado de Derecho, la separación de poderes, y la independencia judicial, especialmente en aquéllos casos en que se plantearon conflictos entre los intereses generales y los particulares del Gobierno. El hincapié que el último Fiscal General del Estado (Sr. Granados) efectúa en todas sus declaraciones sobre la sujeción en su actuación al principio de legalidad, no dejan de servir de ilustración de lo afirmado en estas conclusiones.

(59) Y ello a pesar del límite que el cumplimiento del art. 10 CE implica, en cuanto a la necesidad de su adopción por un órgano jurisdiccional, respecto de toda medida limitativa de derechos fundamentales en la fase instructoria, y del certero argumento en virtud del cual, siendo el fiscal el órgano al que se encomienda la acusación, debe corresponderle igualmente la dirección de aquella fase que esta destinada a conocer si debe o no ejercitarse. Esta última circunstancia no impide, por otra parte, que en países como en Alemania, en donde la instrucción está encomendada al fiscal, sea un órgano jurisdiccional quien en la fase intermedia revise la corrección de aquélla y corrobore, por ende, la necesidad y conveniencia de apertura de la fase oral (pgfs. 198-212 StPO). Similar opción han adoptado las recientes modificaciones en los códigos procesales italiano y portugués.

(60) RIESS, *Die Zukunft...*, cit. Sobre la figura del fiscal y la atribución de funciones jurisdiccionales: KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, 1980.

d) La sujeción al principio de legalidad o la admisión del principio de oportunidad no llevan consigo una decisión sobre la configuración del proceso a través de un sistema inquisitivo u otro acusatorio (61). De ahí, que la conexión no surja directamente entre fin de la pena y sistema procesal adoptado, sino, en mayor medida, entre fin de la pena a través del principio de oportunidad y su efecto en determinadas garantías procesales: como por ejemplo la citada imparcialidad (62),

e) No conviene olvidar que si la aplicación del principio de legalidad garantiza la igualdad ante la ley, la vigencia del principio de oportunidad equivale a consagrar la desigualdad, de manera no siempre suficientemente justificada (63).

f) Aunque desde la perspectiva de las finalidades de la pena, el principio de oportunidad propicia la efectividad, al permitir la persecución de los delitos mas graves, omitiendo la de los llamados bagatelarios; sus consecuencias desde perspectivas de prevención general son ciertamente discutibles por su efecto perverso sobre la credibilidad del sistema y la seguridad jurídica (64).

g) Como las diversas legislaciones han ido demostrando, la aplicación del principio de oportunidad requiere, a modo de condición para su efectividad, la atribución del ejercicio de la acción penal a un órgano oficial en régimen de exclusiva. Circunstancia que no concurre en el sistema de la LECrim. La acción popular, contemplada en su artículo 101 y en el 125 de la Constitución, implica el ejercicio de un interés general, no particularizado, concebido como instrumento introducido en el proceso para mayor garantía de que el fiscal cumplirá con su función, con-

(61) Aun cuando es más natural someter al juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1935, p. 73.

(62) Un sopesado análisis de los fundamentos, ventajas y aspectos críticos de incorporar el principio de legalidad o el de oportunidad en el trabajo de HASSEMER, W., *Strafverfolgung und Strafverzeit* en «Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein», Heymans, 1992, pp. 529 y ss. Una frase de las condiciones que este autor señala como criterio optativo sirve de buen ejemplo de una opinión que comparto: «Die Legalität steht eher für die Gerechtigkeit, die Opportunität steht eher für die Zweckmäßigkeit (Effektivität, politische Klugheit). Damit ist über die Prinzipien noch nicht einmal ein beachten, dass die Gerechtigkeit das Ziel, die Zweckmäßigkeit aber die restriktive Bedingung der Zielverfolgung ist, vereinfacht ausgedrückt: So viel Legalität wie möglich, so viel Opportunität wie (aktuell politisch und ökonomisch) nötig», cit. p. 537.

(63) Este argumento se toma a favor para aquellos autores que preconizan un tratamiento diferenciado y adecuado a cada caso a través de la mayor amplitud del campo de discrecionalidad. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, 1978, p. 180.

(64) RIESS, P., *Die Zukunft des Legalitätsprinzips*, en NStZ, 1981; GÖSSEL, *Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatliches Strafverfahren*, en «Festschrift für Dünnebier», 1982; HIRSCH, *Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland*, en ZStW, 1980; ROXIN, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, en DRZ, 1969; WOLTER, *Strafverfahrensrecht und Strafprozessreform*, en GA, 1985; y, HASSEMER, *Strafverfolgung...*, cit.

forme a la más estricta legalidad a la que la propia Constitución y su Estatuto le someten. En todo caso, parece incuestionable la dificultad de articular un uso discrecional del ejercicio de la acción penal que determine la persecución de determinados delitos, si la decisión negativa puede verse arrumbada por el legítimo ejercicio de la acción citada (65).

h) los intereses de la víctima son preteridos, a excepción de que su previa satisfacción figure como condición para aplicar el principio (66).

B) En cuanto a las conformidades, puede resultar de utilidad recordar algunas elementalidades sobre la esencia de nuestro proceso. Desde una perspectiva teleológica éste se orienta y estructura de acuerdo con la búsqueda de la verdad material, lo que configura el primer gran obstáculo para toda solución consensuada, fundada necesariamente en la búsqueda de la verdad formal (67). Esta circunstancia tiene no poco que ver con otra característica esencial: la no disponibilidad sobre el derecho objeto del proceso penal, en atención a la naturaleza pública del interés en juego, que determina la imposible disposición del derecho por parte de quien está sujeto en su ejercicio a la legalidad, y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos (68).

A ello se une el efecto limitador, cuando no excluyente, que provoca sobre otras garantías fundamentales, singularmente:

a) la igualdad entre las partes negociadoras, ya que en tanto una se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad, lo que convierte el preten-

(65) De ahí, cabe pensar, la novedosa oposición que esta acción ha suscitado en determinados sectores doctrinales, vid. *Criminalidad de bagatela...*, cit. p. 201.

(66) Se trataría de supuestos como el contemplado en el parágrafo 153b StPO o en términos más generales los establecidos en la reciente ley alemana sobre «Wiedergutmachung».

(67) La modificación resultaría sustancial. A tenor de la misma, el fin último del proceso no sería alcanzar una verdad entendida como *adecuatio intellectus rei* sino solventar «razonablemente» los conflictos entre partes, porque la «verdad» de las resoluciones judiciales, no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una verdad consensual. VIVES ANTÓN, *Doctrina constitucional y reforma penal*, en Poder Judicial, n. especial, II, p. 106. El objetivo de la búsqueda de la verdad, ni objetiva ni absoluta, pero sí suficientemente contrastada, cede a una actividad no ya cognoscitiva, sino convencional. ANDRÉS IBÁÑEZ, ob. cit. p. 89.

(68) Los artículos 406 y 729 LECrim se encaminan, precisamente, a evitar, por una parte, que los esfuerzos del órgano investigador se enderecen a lograr la confesión del acusado, desatendiendo otras pruebas o simplemente no comprobando la veracidad de las mismas, y simultáneamente, por otra parte, a impedir un uso indebido de la admisión de la confesión del acusado. Erigir la confesión en 'regina probae' implica el indudable riesgo de admitir un poder de disposición sobre el objeto del proceso penal, y lo que pudiera resultar más grave, posibilitar la existencia de presiones sobre el acusado tendentes a obtenerla. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *El Ministerio fiscal entre «viejo» y «nuevo» proceso*, en la obra colectiva, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990, pp. 81 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, en RGD, oct.-nov. 1992, pp. 9853-9903.

dido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse (69), a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensua y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes (70). Y,

b) la renuncia, no sólo al derecho de defensa —aspecto que el Tribunal Constitucional ha declarado factible— sino a otros derechos como el no declarar contra uno mismo, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías (y especialmente al juicio oral o a la fase de prueba) y a la tutela judicial efectiva, en alguno de sus específicos contenidos, como el derecho a los recursos (71).

Los fines del derecho penal y de la pena no parecen salir mejor parados. El consenso, según señala la propia doctrina penal es cuestionable desde perspectivas como la justicia del caso particular, la función legitimadora de la culpabilidad, o la individualización de la pena... (72).

(69) En certera afirmación de SHÜNEMANN: «Como lo enseña la psicología del juego en la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica», «*¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*», en Cuadernos del Poder Judicial, n. 8; 1991, pp. 49 y ss.

(70) De manera señalada a tenor de la regulación legal introducida por la citada reforma de 28 de diciembre de 1988, cuya oscuridad y «carácter lagunar» lejos de garantizar conducen al efecto contrario. Convendría tener muy presente, a estos efectos, que en un país como EE.UU. de Norteamérica, donde la negociación está tan arraigada, los diversos mecanismos de *plea bargainig* son objeto de críticas respecto de la necesidad de evitar presiones psicológicas sobre el imputado, conducentes a confesar su culpabilidad, aun cuando pudiera ser inocente, como sucedió en el conocido «caso Ray», acusado del asesinato de M.L. King. Se exige, así, comprobar la voluntariedad («voluntariness»), la exactitud («accuracy, intelligence»), y la existencia de una base fáctica para la confesión («Federal Rules of Criminal Procedure»). DE DIEGO DíEZ, «Algunos apuntes sobre el “plea bargaining” de los USA», comunicación a las «Primeras Jornadas sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas» publicadas en *Poder Judicial*, n. especial, VI, pp. 37 y ss. Sobre la conformidad, con carácter monográfico, puede consultarse BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1994, y en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, «Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag», Munich, 1990.

(71) Sobre la disponibilidad del derecho al proceso y a la pena, FENECH, M., *Derecho procesal penal*, v.II, Bosch, 1960, y FAIREN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1969, p. 259. En cuanto al derecho a los recursos, vid. ARMENTA DEU, *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, en RGD, cit., pp. 8105 y ss.

(72) Ni desde el punto de vista de prevención especial, resultaría adecuada la atenuación de la pena derivada del convenio, ya que el condenado —sintiéndose la parte más débil— no tomaría en serio la sentencia. Ni desde el de la prevención general positiva o integradora, ya que el sometimiento a una norma, y a la sentencia que en ella se fundamenta, sólo dará lugar a un efecto reafirmador de la norma, que podría justificar una atenuación de la pena, cuando dicho sometimiento tiene lugar de forma incondicionada. Además, si se atiende a la perspectiva de la prevención general intimidatoria, la amenaza de una pena esencialmente atenuada para el caso de estar dispuesto a confesar para reducir la duración del proceso penal, sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto del pueblo frente a tales prácticas. SCHÜNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal...*, cit. pp. 56-57.

Ante todas estas consideraciones, para concluir, resulta justificado volver a considerar si el principio de oportunidad (en un sentido amplio comprensivo de los mecanismos de consenso, y en buena medida otros, como la reparación en algunas de sus vertientes) y las dificultades que su introducción conllevaría, en relación con el problema originario que pretende solventar (la hipertrofia de la administración de justicia y su consecuente lentitud) no encontraría mejor solución (o al menos, no tan costosa en términos garantistas) a través de sus dos alternativas naturales: el incremento de los medios materiales y humanos a disposición de la misma y/o la simple despenalización de las conductas a que pretende aplicarse, por su escasa relevancia, que parece justificar suficientemente aquélla reducción (73).

A falta de un respuesta radical, probablemente inexistente, torna a surgir la necesidad de ponderar las ventajas que desde una perspectiva global, de derecho penal y procesal penal, avalan tan sustancial cambio en el sistema, sacrificando algunas de las conquistas fundamentales del Estado de Derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. O, por el contrario, fuerzan a continuar la búsqueda de una reforma, con fe en los fines y escepticismo en los medios, e informada en todo caso por la prudencia como arte del Derecho.

(73) Todas las razones que militan en favor de la adopción del principio de oportunidad (razones de interés social o utilidad pública: escasa lesión o falta de interés en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; o evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad-; contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; y constituir el único instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben perseguirse y otros en los que la pena carece de significación) alcanzarían una más amplia efectividad a través de uno u otro de los mecanismos citados.

El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales

JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia de Madrid

SUMARIO: I.—INTRODUCCIÓN.—II. NOTAS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPUTACIÓN DE PLAZOS.—III. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPUTACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL. 1) Planteamiento. 2) Particularidades de la computación temporal en el ámbito del derecho penal. A) La consagración del principio *dies a quo computatur in termino* y *dies coeptus pro completo habetur*. B) La computación de fecha a fecha. C) El cómputo en la aplicación del beneficio de la libertad condicional establecido en el artículo 98 del Código Penal. D) Otras particularidades en la computación temporal en el ámbito del Derecho Penal.—IV. EL ORIGEN DE LA PROBLEMÁTICA ACERCA DE LA COMPUTACIÓN TEMPORAL EN LA DURACIÓN DE LAS PENAS Y EN LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN PENAL.—V. LA BÚSQUEDA DE LAS REGLAS DE COMPUTACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL. 1) La revisión del criterio del Tribunal Supremo acerca de la computación de plazos en el ámbito del Derecho Penal. 2) La determinación de las reglas de computación temporal plasmadas en el Código Penal. 3) Antecedentes legislativos y normativa vigente acerca de la computación temporal en el ámbito castrense.—VI. NUESTRA POSTURA ACERCA DE LA COMPUTACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL. 1) La vigencia de la regla de computación de meses de treinta días, incluso con posterioridad a la modificación del Título Preliminar del Código Civil. 2) La incongruencia del sistema de cómputo previsto en el Código Penal. 3) La computación de años de trescientos sesenta y cinco días.—VII. EL SISTEMA DE CÓMPUTO TEMPORAL HIPOTÉTICAMENTE PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL.—VIII. LA SITUACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992 Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

I. INTRODUCCIÓN

Es bien sabido como el transcurso del tiempo es un hecho natural que puede producir numerosos efectos jurídicos, ya sea por sí sólo o concurriendo con determinados actos o circunstancias fácticas o jurídicas.

Por ello, resulta fundamental determinar las reglas de medida del tiempo o computación temporal (1) ya que, dada la importancia que el mero transcurso del tiempo supone en la aplicación del Derecho, su imprecisión puede originar innumerables inconvenientes de computación para los sujetos interesados.

En tal sentido, las regulaciones básicas de las dos principales ramas jurídicas, es decir, la pública y la privada se han ocupado de regular expresamente las reglas de computación de plazos en el ámbito que a cada una le es propio.

Así, por un lado, el Código Civil en su artículo 5 (anteriormente en el 7) se encarga del cómputo de los plazos en el ámbito del derecho privado y, por otro, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre (2), en su artículo 68 (3) establece las reglas de computación

(1) Es sabido como el tiempo puede quedar determinado refiriéndolo a un día u otro período distinto concretos, llamado por ello *tiempo fijo* (por ejemplo, el 1 de enero de 1996), pero también refiriéndose a *tiempo móvil*, es decir, períodos de tiempo cuyo inicio y fin no se correspondan con días determinados del calendario (por ejemplo, a los seis meses, a los quince años, etc.).

(2) Publicada en BOE, n.º 285, de 27 de noviembre de 1992 y que entró en vigor tres meses después de su publicación (disposición final).

(3) Establece el artículo 68 de la LRJAP-PAC, bajo el encabezado de «Cómputo» que: «1. Siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.

2. Si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán de fecha a fecha. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquél en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

3. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

4. Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate o, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 44.5.

Los restantes plazos se contarán a partir del día de la notificación o publicación del correspondiente acto salvo que en él se disponga otra cosa y, respecto de los plazos para iniciar un procedimiento, a partir del día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo competente.

5. Cuando un día fuese hábil en el Municipio o Comunidad Autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.

6. La declaración de un día como inhábil a efectos de cómputo de plazos no determina por sí sola el funcionamiento de los centros de trabajo de las Administraciones Públicas, la organización del tiempo de trabajo ni el acceso de los ciudadanos a los registros.

de los plazos en el ámbito del derecho público (anteriormente en los artículos 59 y 60 de la ya derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958).

En cualquier caso, conviene destacar ahora que estas normas no son las únicas que establecen expresamente reglas sobre la computación de plazos sino que, por el contrario, existen otras que establecen su propio sistema de computación, aunque en la mayor parte se limiten a reconocer las reglas generales apuntadas en el Código Civil o en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entre otras, la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 185), la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 303 a 305) (4), la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (art. 369), el Código de Comercio (art. 60), la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo (art. 71.6), el Reglamento Hipotecario (art. 109, en la redacción dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982) (5), etc.

A nadie se le escapa la diferencia existente entre la computación de plazos en el orden civil o privado y en el orden administrativo o público,

7. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, con sujeción al calendario laboral oficial, fijarán en su respectivo ámbito el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos. El calendario aprobado por las Comunidades Autónomas comprenderá los días inhábiles de las Entidades que integran la Administración Local correspondiente a su ámbito territorial, a las que será de aplicación.

Dicho calendario deberá publicarse antes del comienzo de cada año en el diario oficial que corresponda y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos».

Es de destacar asimismo el artículo 44.5 de citada Ley: «Los plazos para interponer recursos administrativos y contencioso-administrativo respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si ésta no fuese emitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo».

(4) Establece el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que:

«Los términos judiciales empezarán a correr desde el día siguiente al en que se hubiere hecho el emplazamiento, citación o notificación, y se contará en ellos el día del vencimiento».

El artículo 304 que: «En ningún término señalado por días se contarán aquéllos en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales.

Tampoco se contarán los días de vacaciones de verano en el término para interponer ante el Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de ley, a no ser que verse sobre desahucios, actos de jurisdicción voluntaria o cualquier otro negocio urgente de los que pueden decidirse en Sala de Vacaciones».

El artículo 305 que «Los términos señalados por meses se contarán por meses naturales, sin excluir los días inhábiles.

En estos casos, si el plazo concluyese en domingo u otro día inhábil, se entenderá prorrogado al siguiente día hábil».

(5) Establece el artículo 109 del Reglamento Hipotecario que:

«Los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán por días hábiles, excepto los establecidos para concursar Registros o tomar posesión de los mismos, que contarán por días naturales.

Si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiese día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes. Si el último día del plazo fuese inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil siguiente».

especialmente con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil en 1974 que dio nueva redacción a su artículo 5. Destaca en la actualidad dicha diferencia en el cómputo civil y el administrativo en orden a la inclusión o exclusión de los domingos y días festivos. Así, mientras en el artículo 5.2 del Código Civil se establece que «En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles» en el artículo 48.1 de la LRJAP-PAC se mantiene, en el ámbito administrativo, que: «Siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos».

Sin embargo, pese a que estas normas básicas se encarguen de perfilar las reglas fundamentales sobre la computación de plazos en los ámbitos propios de su competencia es lo cierto que, la computación temporal con repercusión jurídica, no queda exenta de algunos problemas de difícil solución.

En este sentido, una de la más controvertida problemática consiste en la determinación del tiempo en el ámbito del derecho penal y, particularmente en las liquidaciones de condena y en la prescripción de las infracciones penales, dado que en el Código Penal no se contemplan expresamente ningunas reglas especiales sobre la computación temporal en el ámbito propio del derecho penal y haya que deducirlas con evidente perspicacia en la integración o investigación integradora del Derecho.

Es por ello, que, en las presentes páginas pretendemos esbozar sucintamente la problemática de la computación temporal en las liquidaciones de condena y en la prescripción de las infracciones penales para concluir finalmente con la necesidad de que en el proyecto de Código Penal se incluya un precepto parecido al antiguo artículo 7 del Código Civil sobre computación de plazos aplicable a la duración de las penas y a los plazos de prescripción de las infracciones penales o, más correctamente, al actual artículo 349 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

II. NOTAS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPUTACIÓN DE PLAZOS

Es sabido como las normas referentes a la computación de plazos han venido originando innumerables cuestiones problemáticas que han motivado asimismo en muchos casos la admisión de criterios contradictorios entre sí.

En este sentido, nos recuerda ALONSO CASADO (6) que, mientras las Sentencias de 19 de enero y 6 de marzo de 1980; 18 de mayo de 1981; 9 de marzo y 6 de octubre de 1982; 25 de octubre y 21 de noviembre de 1985; 25 y 27 de enero, 9 de marzo y 30 de septiembre de 1988, vienen

(6) ALONSO CASADO, J., *Cómputo de tiempo, Actualidad y Derecho*, n.º 27, 6 al 12 de julio de 1992, pp. 1 a 5.

a determinar que a la frase «de fecha a fecha» no se le puede atribuir otro significado que no sea el de entender que el plazo fenecerá el día —que se cuenta— cuyo ordinal coincida por segunda vez con el que sirvió de punto de partida, puesto que no tiene sentido alguno introducir un elemento tan contrario en la simplicidad y seguridad de este sistema como es realizar un descuento de día, que es incompatible con el expresado concepto «de fecha a fecha», las Sentencias de 23 de julio de 1980, 16 de junio de 1981, 9 y 28 de mayo de 1983, 2 de diciembre de 1985 y 7 de marzo de 1988, mantienen un criterio distinto al señalar que «...únicamente así comprendería con exactitud un mes natural, del que excedería un día si venciera al agotarse el mismo número del siguiente. Al disponerse que «si los plazos estuviesen fijados por meses o años se computarán de fecha a fecha, ello debe entenderse en el sentido de que el cómputo de fecha a fecha quiere decir «que si un mes empieza a contarse en determinada fecha», en la misma del mes siguiente comenzará un nuevo mes, o sea que el último día del plazo es el inmediatamente anterior».

Ejemplo palpable de los problemas que puede originar la computación prevista en el artículo 5 del Código Civil queda plasmada en la STS de 21 de noviembre de 1981:

«La interpretación sobre el cómputo de plazos civiles que establece el artículo 5.º del CC, y a tal efecto ha de tenerse en cuenta que aun cuando la jurisprudencia que hacía referencia a dicho problema, interpretando el artículo 7.º antiguo, estableció que siendo inhábil el último día del plazo, cuando este era de meses o años, había de trasladarse el final del plazo al siguiente día hábil, la nueva redacción dada al precepto, si bien declara computables los festivos existentes dentro del plazo, guarda silencio sobre el caso de que el último sea inhábil, dejando una verdadera laguna legal, que ha de ser aclarada por la jurisprudencia, y para ello ha de tenerse en cuenta la Exposición de Motivos en la que se dice que se busca la unificación encarecida por la Ley de Bases entre éstas y las formuladas por la LEC y Procedimiento Administrativo, y estableciendo tanto la una como la otra que caso de ser inhábil el último día del plazo se trasladará al primero hábil siguiente, es evidente que ha de tomarse por la jurisprudencia la adopción de dicha solución que, por otra parte, parece la más equitativa».

Una curiosa interpretación del artículo 5.1 del Código Civil se puede deducir del supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991, en ella se establece que:

«Al no tener la Sala sentenciadora en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.º del CC sobre el cómputo de plazos que lo serán de fecha a fecha cuando se trata de meses o años, e inventar un cómputo especial en el que se hace intervenir, contra toda regla de hermenéutica la condición de bisiestro del año transcurrido, pretendiendo con ello modificar la resolución perfecta y exhaustiva hecha por el Juez de Primera Instancia ha incurrido en la infracción denunciada».

III. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMPUTACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

1) Planteamiento

Ya hemos dicho como en el Código Penal ni por supuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (7) se establecen expresamente reglas acerca de la computación temporal de las instituciones de naturaleza penal sobre las que resulta relevante el transcurso del tiempo.

Resulta fundamental, sin embargo, en el ámbito del derecho penal para garantizar plenamente los principios de legalidad, de igualdad y de seguridad jurídica determinar exactamente las reglas de computación temporal aplicable a la duración de las penas y a los plazos de prescripción de las infracciones penales. En este sentido, se nos aparecen ya dos cuestiones fundamentales:

1.º Establecer exactamente el *dies a quo* o inicial y el *dies ad quem* o final en la duración de las penas. Precizando, entre otras cuestiones, si resulta computable el día inicial o el día siguiente, según se acoja el principio *dies a quo computatur in termino* o el contrario *dies a quo non computatur in termino* (este último previsto tanto en el Código Civil, como en el art. 185 (8) de la LOPJ o el 48 de la vigente LRJAP-PAC).

2.º Si debe aplicarse el sistema de cómputo de «fecha a fecha» previsto en el artículo 5.1 del Código Civil o, si por el contrario, debe entenderse que en caso de penas o plazos de prescripción referidos a meses éstos han de entenderse en todo caso de treinta días.

(7) A diferencia de lo que ocurre con la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Esta en su artículo 369 establece que en la liquidación de condena:

«Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días.

2.ª Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días».

(8) Establece el artículo 185 de la LOPJ que: «1. Los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil. En los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles. 2. Si el último día de plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

Interpretando este precepto la STS de 2 de enero de 1990 señala que:

«La norma contenida en el artículo 185 de la LOPJ, «en los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles, y si el último día de plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente», se está refiriendo, diciéndolo así, a los plazos procesales, que son cosa distinta a aquéllos prevenidos para el ejercicio de derechos sustantivos, entre los que se encuentra el regulado en el artículo 68 de la Ley societaria para la impugnación de los acuerdos sociales, a cuyo supuesto es de aplicar el número 2 del artículo 5 del Código Civil, «en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles», y de aquí que, como bien argumentó el Tribunal *a quo*, la demanda debió haberse presentado, en su momento oportuno, en el Juzgado de guardia. Es más, en el caso de observancia del artículo orgánico 185, no tendría razón de ser el razonamiento que se hace en la demanda, pues, incluso, habría que haber dejado de computar los días inhábiles existentes entre los días inicial y final del plazo en cuestión, tal y como dispone dicho precepto en su número 1».

2) Particularidades de la computación temporal en el ámbito del derecho penal

A) *La consagración del principio dies a quo computatur in termino y dies coeptus pro completo habetur*

La primera de la cuestiones anteriormente expuestas queda perfectamente zanjada tras la lectura del artículo 32 del Código Penal que recoge el denominado principio *dies a quo computatur in termino* al señalar que:

«Cuando el reo estuviese preso, la duración de las penas empezará a contarse desde el día en que la sentencia condenatoria hubiera quedado firme.

Cuando el reo no estuviese preso, la duración de las penas que consistan en privación de la libertad empezará a contarse desde que aquél se halle a disposición de la autoridad judicial para cumplir condena.

La duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro no empezará a contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado a cumplir condena».

Esta diferencia en el cómputo penal de los términos legales consagrada en el principio (9) de que el día inicial (10) si se computa —*dies a quo computatur*— supone que no regirá, por tanto, la regla contenida en el artículo 5.1 del Código Civil de que «en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente» —*dies a quo non computatur in termino*—. En este sentido resulta claro lo dispuesto en el artículo 32 del Código Penal de que el *dies a quo* o día inicial para el cumplimiento de las penas en general es aquél en que realmente se hubiera empezado a cumplirlas y no en el siguiente.

Por último, conviene destacar que el artículo 35 del Anteproyecto de Código Penal de 1992 mantiene este mismo criterio del *dies a quo computatur* al redactarse, por otro lado, de forma muy similar a la actual si bien aclara que, cuando el reo no estuviere preso «la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento» a diferencia del actual que establece «desde que aquél

(9) En este sentido SSTS de 28 de mayo de 1958, de 6 de junio de 1967, de 21 de mayo y 11 de junio de 1976.

(10) El plazo comienza a correr en los delitos de ejecución instantánea el preciso momento de la consumación que tiene lugar desde el día en que se hubiere perpetrado y en los de tracto continuo desde el momento en que ese tracto terminó (SSTS de 10 de junio de 1980 y 15 de marzo de 1973).

se halle a disposición de la autoridad judicial para cumplir condena», que aunque parezca lo mismo no lo es y servirá para dar mayor claridad al precepto.

En definitiva, podemos concluir que la determinación del momento en que comienza el cumplimiento de las penas temporales no presenta especiales dificultades al intérprete, puesto que está expresado con precisión en los artículos 32 y 33 del Código Penal.

También aparecen claras otras dos cosas tras el examen de nuestro ordenamiento jurídico. Una es que a efectos del cumplimiento de las penas, el día inicial se cuenta por entero cualquiera que sea la hora en que se produjo realmente la privación de libertad, separándose así el Código Penal tanto de la formulación general contenida en el artículo 5.1 del Código Civil (*dies a quo no computatur in termino*) como de lo previsto para la mayoría de los actos negociales y procesales (arts. 1.130 del Código Civil, 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 48 de la LRJAP-PAC) y coincidiendo con lo dispuesto para alguno de ellos (usucapión, art. 1.960-3 del Código Civil, y mayoría de edad, art. 321). Y otra, que, el *dies ad quem* ha de transcurrir totalmente, extinguiéndose la condena con la finalización del último día, al no resultar aplicable el principio *dies coeptus pro completo habetur*. En igual sentido los artículos 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.960-3 del Código Civil (Consulta n.º 2/1989, de 26 de abril, FGE) de la Fiscalía General del Estado.

B) *La computación de fecha a fecha*

Mayor dificultad plantea, sin embargo, la segunda de las cuestiones planteadas ya que, con independencia de que pensemos que técnicamente lo correcto sería aplicar las reglas de computación previstas en el Código Civil, como se venía efectuando con anterioridad a la modificación del Título Preliminar del Código Civil, lo cierto es que dicha aplicación supletoria ante la ausencia de un sistema propio de computación en el Código Penal supondría admitir que tanto la duración de las penas como los plazos de prescripción de las infracciones penales estarían a merced del día en que comenzarán a ejecutarse aquéllas o, a computarse éstas lo que, sin duda, supondría al mismo tiempo una evidente infracción de los principios de legalidad, de igualdad y seguridad jurídicas, al quedar indeterminada la duración de las penas y los plazos prescriptivos en función del *dies a quo*, o si se prefiere, admitir que las penas impuestas en sentencia firme tendrían una duración variable dependiendo de la fecha en que empezaran a ejecutarse.

Por ello, pudiera parecer razonable, en principio, —aunque como tendremos ocasión de razonar seguidamente no resulte correcto o, más precisamente admitido en la actualidad— que no regulándose en el Código Penal reglas sobre la computación temporal haya que acudir, con-

forme a lo previsto en el artículo 4.3 del Código Civil que previene el carácter supletorio de este Código en las materias regidas por otras leyes, a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Civil sobre la computación temporal.

De aplicarse las reglas de computación temporal previstas en el artículo 5.1 del Código Civil [*«si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha»*] en la liquidación de condenas y en la prescripción de las infracciones penales resultaría que la duración de las penas y los plazos prescriptivos dependerían del momento inicial sobre el que se refiriese el cómputo temporal.

Así, por ejemplo, de aplicarse las reglas previstas en el artículo 5.1 del Código Civil resultaría que una pena de arresto mayor de dos meses podría durar 59, 60, 61 y hasta 62 días dependiendo de la fecha en que comenzará a cumplirse (por ejemplo, comenzando a ejecutarse, el uno de enero en un año no bisiesto, el uno de enero de un año bisiesto, el uno de abril o el uno de julio, respectivamente).

Lo mismo sucedería si la pena fuera de tres meses y empezara a computarse por ejemplo, el uno de febrero de un año no bisiesto (en cuyo caso se cumplirán 89 días), el uno de enero de año no bisiesto (90 días), el uno de enero de año bisiesto (91 días) o el uno de marzo (92 días).

Estas diferencias en la duración de las penas dependiendo del momento en que comiencen a ejecutarse parece evidente que no pueden admitirse en un ordenamiento jurídico que reconoce expresamente los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad (arts. 9.3 y 14 de la Constitución).

Sin embargo, tales diferencias no se producen en la práctica judicial diaria porque se admite que en el Código Penal se establece un sistema de cómputo temporal propio que difiere del establecido en el artículo 5.1 del Código Civil y, por tanto, no resulta éste Código de aplicación supletoriamente para las materias regidas por otras leyes conforme previene el artículo 4.3 del Código Civil.

C) *El cómputo en la aplicación del beneficio de la libertad condicional establecido en el artículo 98 del Código Penal*

Es sabido como el artículo 98 del Código Penal establece el beneficio de la libertad condicional para los sentenciados *«a más de un año»* de privación de libertad en quienes concurren determinadas circunstancias que relaciona seguidamente dicho artículo.

A primera vista la norma no parece ofrecer duda alguna ya que exige como presupuesto para la concesión del beneficio de la libertad condicional el que la condena se refiera a un período superior a un año, es

decir, que habrá de ser condenado al menos a un año y un día para que pueda concederse dicho beneficio.

Sin embargo, pese a esta supuesta claridad, el precepto no resulta tan evidente como la simple lectura denota.

En efecto, la primera dificultad que se nos presenta es la determinación de lo que haya de entenderse por «año» ya que como hemos señalado anteriormente el término se presta a distintas interpretaciones o, más precisamente, a la ambigüedad o inconcreción del período de tiempo que debemos asignar a este concepto a los efectos del artículo 98 del Código Penal.

Sin entrar en las distintas acepciones del vocablo año recogidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (11) resulta preciso recordar el significado de algunas de ellas con objeto de aclarar algunas dudas que pudieran plantearse. De esta forma, podemos distinguir *año común* que es «El que consta de 365 días», *año sideral*, o *sidéreo* que es el «Tiempo que transcurre entre dos pasos consecutivos de la Tierra por el mismo punto de su órbita. Es el año propiamente dicho, y consta de 365 días, 6 horas, 9 minutos y 24 segundos» y, *año emergente* que es «El que empieza a contar desde un día cualquiera que se señala hasta otro igual del año siguiente, como el que se da de tiempo en las disposiciones y edictos, empezándose a contar desde el día de la fecha».

Así, en términos generales podemos entender por año aquel período de tiempo que comprende trescientos sesenta y cinco días, pero también podría entenderse que el año tiene la duración que resulte del año natural en que se compute, por lo que, si se refiere a un año bisiesto, el año tendrá trescientos sesenta y seis días.

Sin embargo, en materia penal el concepto de año se complica aún más ya que, si hemos admitido que los meses son siempre de treinta días y, es evidente que el año tiene doce meses, también puede sostenerse fundadamente que el año comprenderá doce meses de treinta días, es decir, que el año en este supuesto tendría una duración de trescientos sesenta días.

En este sentido, el autor de la Consulta n.º 2/1989, de 26 abril, de la Fiscalía General del Estado sostenía que la duración del año a efectos de cumplimiento de penas deberá ser de trescientos sesenta días en base a las siguientes consideraciones y fundamentos:

1.º) Que a la inversa de lo que sucedía en el Código Penal de 1928, en el que, a efectos penales, los años eran de trescientos sesenta y cinco días, en el vigente Código Penal no existe precepto alguno que exprese cuál es la duración de un año.

(11) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21.ª edición, Madrid, 1992.

2.º) En cambio sí se precisa, aunque de modo indirecto, la duración del mes que en el artículo 30 del Código Penal está formado por treinta días, límite máximo de la pena de arresto menor, comenzando el arresto mayor a partir de un mes y un día, es decir treinta y un días.

3.º) Si el mes se compone de treinta días y el año cuenta con doce meses, es claro que el año a efectos de cumplimiento no excede de trescientos sesenta días.

4.º) Que es más beneficioso para el reo y evita desigualdades este modo de computar el año, pues en otro caso el condenado a dos penas de seis meses, que constituyen un año, cumplirá únicamente trescientos sesenta días, mientras el condenado a un año cumpliría cinco días más.

5.º) Y como último de los argumentos hay que referirse a la solución dada en la Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 9/1985, de 11 de noviembre, en la que a propósito de la libertad condicional se expresaba que concurre el requisito exigido en el artículo 98 del Código Penal *de que la condena sea más de un año* de privación de libertad, cuando se imponen dos penas de seis meses y un día. En coherencia con esta idea, también el año a efectos de liquidación de condena se computará de trescientos sesenta días.

Se contestaba en citada Consulta n.º 9/1985, de 11 de noviembre, sobre libertad condicional, de la Fiscalía General del Estado si condenada una persona, en la misma o en diferentes causas, a dos penas de seis meses y un día de prisión, concurría el requisito exigido por el artículo 98 del Código Penal de encontrarse «sentenciado a más de un año de privación de libertad» que conlleva la aplicación de la libertad condicional.

A tal efecto, argumentaba la citada Consulta que:

«Toda interpretación no puede tener otro contenido que la explicación del significado de la norma, de modo que la fórmula legislativa coincida exactamente con la voluntad del legislador; objetivamente la declaración normativa que examinamos, relacionada en su literalidad con una unidad de tiempo —más de un año— es clara, pero acontece que ese vocablo de un único sentido gramatical, tiene valores temporales diversos coincidentes con el entendimiento vulgar, pues caben en él tanto los trescientos sesenta y seis días como los doce meses y un día. La fidelidad del intérprete al esquema lingüístico del legislador permite concluir que tanto uno como otro de aquellos significados cumplen con el presupuesto legal de ser sentenciado a más de un año, porque, evidentemente, en su sentido usual doce meses constituyen un año. A ello debe unirse tanto el principio del *favor rei*, presente en toda interpretación de normas de naturaleza penal, como el hecho de que la solución que mayor igualdad ofrece para integrar temporalmente un año, es la de multiplicar el número de sus meses por treinta días, lo único que podría oponerse a esta interpretación es que el sentenciado, como autor de un delito a la pena de un año, representativo

de trescientos sesenta y cinco días, no sería beneficiario de la libertad condicional, derecho que sí se otorgaría a quien fuera sentenciado por dos delitos a sendas penas de seis meses y un día, que materialmente considerados sumasen trescientos sesenta y dos días, pero es lo cierto que si ponderamos los meses, se trataría de doce meses y dos días, cifra superior a los doce meses que forman el año».

D) *Otras particularidades en la computación temporal en el ámbito del derecho penal*

Otra cuestión cuando menos controvertida se refiere al momento en que se alcanza la mayoría de edad a efectos penales ya que la STS, 2.^a, de 14 de enero de 1988 se separa del criterio recogido en el artículo 315 del Código Civil respecto al momento en que se alcanza aquélla. Así, mientras el artículo 315 del Código Civil establece que:

«La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento»,

la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 14 de enero de 1988 (Ponente Sr. Morenilla Rodríguez) señala que:

«En la relación de hechos probados se recoge que el procesado X nació el 6 de agosto de 1967 y que el hecho se realizó a las tres horas del día 6 de agosto de 1985. Esta Sala viene manteniendo un criterio cronológico, «de momento a momento», o biológico en los supuestos en que el legislador hace intervenir la edad como elemento del tipo o como circunstancia eximente o atenuante. El artículo 9, número 3.^o, del Código Penal incluye entre las circunstancias de atenuación de responsabilidad criminal la de ser el culpable menor de 18 años, atendiendo a la realidad criminológica de la menor culpabilidad de quienes no han alcanzado la plena madurez biológica y psíquica, ni la total responsabilidad social por las acciones delictivas realizadas. *Esta atenuación ha de ser aplicada a quien el mismo día de la comisión del delito cumplía 18 años, sin que se determine la hora del nacimiento*, pues de otro modo se haría una interpretación contra reo de los hechos probados incompatible con el principio de la presunción de inocencia. La sentencia impugnada *ha infringido el precepto penal que señala el recurrente al aplicar el artículo 315 del Código Civil para el cómputo de la edad penal* en la apreciación de una circunstancia de atenuación privilegiada que requiere, por su misma «ratio essendi» sustituir el criterio legal en materia civil por una consideración de las circunstancias del

menor y del hecho, a las que se refiere el artículo 61 del Código Penal».

Ello supone una vez más un atentado a la virtualidad de la denominada *teoría de la unidad conceptual de las instituciones jurídicas* según la cual un instituto jurídico ha de ser siempre unívoco y, por tanto, tener siempre el mismo significado conceptual independientemente de la rama del Derecho que lo acoja.

IV. EL ORIGEN DE LA PROBLEMÁTICA ACERCA DE LA COMPUTACIÓN TEMPORAL EN LA DURACIÓN DE LAS PENAS Y EN LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN PENAL

Con anterioridad a la modificación del Título Preliminar del Código Civil en 1974 la problemática apuntada acerca de la duración de las penas y de los plazos de prescripción penal no tenía fundamento alguno porque en el supuesto de que se admitiera la aplicación supletoria del Código Civil para el cómputo de duración de las penas y de los plazos prescriptivos establecía el ya derogado artículo 7 que:

«Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol».

En consecuencia, cualquiera que fuera el momento en que empezarán a computarse las penas o los plazos prescriptivos, éstos siempre tendrían una duración de treinta días por mes. Así, una pena de dos meses de arresto mayor siempre comprendería sesenta días, independientemente de que empezara a computarse el uno de febrero de un año bisiesto o no bisiesto, como si empezara a cumplirse el uno de julio.

Sin embargo, con la publicación del nuevo Título Preliminar del Código Civil en 1974 que, derogando el viejo artículo 7 ya comentado, dio nueva redacción al artículo 5 de citado Código, estableciendo una nueva forma de computación de plazos, pronto se advirtió que la nueva regulación implicaría una indudable desigualdad en la duración de las penas y en los plazos prescriptivos y empezó a buscarse la fundamentación del cómputo penal dentro del mismo Código Penal. La nueva redacción del artículo 5.1 del Código Civil establecía que:

«1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del término, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles».

En consecuencia, una vez vigente el nuevo Título Preliminar del Código Civil, la aplicación de las reglas de computación de plazos previstas en el Código Civil de resultar, en su caso, aplicables por ausencia de regulación en el Código Penal; en virtud de lo preceptuado en el artículo 4.3 del Código Civil, quedaba notablemente alterada ya que, en adelante los plazos señalados por meses se computarían de fecha a fecha, con lo que dichos plazos dependerían de la duración de los meses computados (de 28, 29, 30 o 31 días y la suma de éstos que, en cada caso, resultasen necesarios) y, no como en el sistema previsto en el derogado artículo 7 del Código Civil en el que en cualquier caso los meses siempre se entenderían de treinta días independientemente de los meses naturales que hubieran de computarse.

Ello llevó a buscar dentro del Código Penal, para evitar conforme al artículo 4.3 del CC, la aplicación supletoria de las nuevas reglas de computación establecidas en el artículo 5.1 del Código Civil, la clave para justificar que tanto en la duración de las penas como en los plazos de prescripción de las infracciones penales cuando se refieran a meses, no resultaría aplicable la computación de fecha a fecha —que implicaría la duración variable dependiendo de la fecha inicial de cómputo—, sino que, en todo caso, en las penas impuestas por meses o en los plazos prescriptivos de las faltas, habrían, de entenderse que los meses tendrían siempre una duración de treinta días con independencia de la fecha en que empezara a computarse la duración de las penas o los plazos prescriptivos.

Por otro lado, refiriéndonos a la situación anterior al Código Civil no podemos dejar de recordar una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 30 de agosto de 1887 (12) en la que se sostenía que:

«los términos señalados por la Ley por meses, que se entenderán ser los naturales, como de años, los solares, a falta de disposición concreta distinta se cuentan desde la fecha del hecho del mes *a quo* hasta otra igual del mes en que cede el plazo o hasta su último día, si no hubiese en éste de correspondencia exacta a la del primero».

Es decir, que, ya entonces se llegaba a la misma solución que aplicando el actual artículo 5.1 del Código Civil. Sin embargo, como ya hemos dicho, con la publicación del Código Civil la jurisprudencia del Tribunal Supremo acudió a su antiguo artículo 16 para aplicar disposiciones de este Código en materia penal, concretamente a la prescripción de delitos y faltas (así, entre otras, Sentencias de 6 de abril de 1895; 4 de

(12) En el mismo sentido STS de 6 de abril de 1895.

julio de 1905; 27 de febrero y 10 de marzo de 1954). En virtud de este criterio jurisprudencial quedó establecido de modo reiterado que los meses a efectos de la prescripción penal eran de treinta días, por aplicación supletoria del ya derogado artículo 7 del Código Civil.

V. LA BÚSQUEDA DE LAS REGLAS DE COMPUTACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

1) **La revisión del criterio del Tribunal Supremo acerca de la computación de plazos en el ámbito del derecho penal**

Ya hemos dicho como si en el Código Penal no se estableciera un sistema propio de computación temporal habría que acudir a las disposiciones del Código Civil referentes al cómputo del tiempo previstas en su artículo 5.1, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 del mismo Código que establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes», es decir que, de no establecerse un sistema propio de computación en el Código Penal u otra Ley penal resultaría supletoriamente aplicable el sistema de computación temporal previsto en el artículo 5.1 del Código Civil en virtud del carácter supletorio de este Código en ausencia de normas penales propias, previsto en el artículo 4.3 del Código Civil. Ello supondría que:

«Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del término, el cual deberá empezar en el día siguiente: y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes» (art. 5.1 del Código Civil).

También hemos mencionado las absurdas e injustas diferencias que con el sistema de cómputo temporal previsto en el artículo 5.1 del Código Civil podrían producirse tanto en la duración de las penas como en los plazos de prescripción de las infracciones penales. Ya quedó asimismo expuesta la diferencia temporal existente entre un hecho cuyo plazo de prescripción comience a transcurrir, por ejemplo, el uno de enero y otro que comience el uno de julio. Así, en el primero de los supuestos planteados el plazo comprenderá cincuenta y nueve días en un año no bisiesto —sesenta en año bisiesto— y sesenta y dos en el segundo. Así las cosas, parece evidente la flagrante arbitrariedad, injusticia y grave incertidumbre del sistema que, desembocaría en una total inseguridad jurídica y en un claro atentando a la protección de la confianza de los ciudadanos en que no serán tratados de forma arbitraria por los poderes públicos, proscrito por imperativo del artículo 9.3 de nuestra Constitución.

Por ello, al objeto de evitar estas diferencias en la duración de las penas o en los plazos prescriptivos podemos admitir —aunque sólo sea a meros efectos dialécticos— que el propio Código Penal contiene el sistema de cómputo temporal que debe aplicarse para la computación de las penas y de los plazos prescriptivos.

Ello implica que, como con anterioridad a la modificación del Título Preliminar del Código Civil —que introdujo el nuevo sistema de cómputo de plazos previsto en el vigente artículo 5.1— la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que para la computación de plazos en materia penal resultaba aplicable el artículo 7 del Código Civil, haya que admitir ahora que dicha jurisprudencia (entre otras, SSTS de de 6 de abril de 1895; 4 de julio de 1905; 27 de febrero y 10 de marzo de 1954) resultaba errónea ya que, tanto ahora como entonces no resultaban aplicables las reglas de computación previstas en el Código Civil, al disponer el propio Código Penal de su particular sistema de cómputo temporal. En consecuencia, para no aplicar ahora las reglas previstas en el vigente artículo 5.1 del Código Civil hay que partir de la premisa de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la modificación del Código Civil operada en 1974 resultaba errada ya que, como hemos mencionado, dicha jurisprudencia fundamentaba la computación de plazos en materia penal en la redacción anterior del artículo 7 del Código Civil.

Es decir que hemos de admitir que, para la computación de las penas y para los plazos prescriptivos, el Código Penal establece un particular sistema de cómputo temporal distinto del previsto con carácter general en el artículo 5.1 del Código Civil (así como en el 48 de la LRJAP-PAC) pese a que, precisamente, la modificación efectuada en el Título Preliminar de este Código en 1974 respecto a la computación de plazos tenía por objeto unificar ésta en todo lo posible, así como que, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo anterior a dicha modificación entendía que en materia penal regían las reglas de computación de plazos previstas en el artículo 7 del Código Civil en su redacción originaria (entre otras, SSTS de de 6 de abril de 1895; 4 de julio de 1905; 27 de febrero y 10 de marzo de 1954).

Se reconoce de esta forma que dicha jurisprudencia es errónea al fundamentar la computación en el antiguo artículo 7 del Código Civil en vez de en las reglas propias del Código Penal.

2) La determinación de las reglas de computación temporal plasmadas en el Código Penal

Admitido ya, pues, que el Código Penal establece reglas propias acerca de la computación de plazos distintas de las previstas en el Cód-

go Civil surge el inconveniente de la determinación de esas reglas que, parece, están plasmadas en el Código Penal.

La cuestión no es tan sencilla como pudiera parecer en un principio y, buena prueba de ello es —de admitir la existencia de estas reglas particulares establecidas en el Código Penal— que la Sala Segunda del Tribunal Supremo no logró en ningún momento encontrarlas y, por ello, acudía a las reglas de computación previstas en el artículo 7 del Código Civil en su redacción originaria.

Tampoco las encontró la Fiscalía del Tribunal Supremo que en Consulta de fecha 22 de agosto de 1892 señalaba que: «el precepto citado del Código Civil (art. 7) es de carácter general; y si a esto se agrega que su aplicación a las condenas resulta favorable a los sentenciados, no cabe duda que, por virtud de lo en él dispuesto, al hacerse liquidación de aquéllas deberán contarse los meses de treinta días y los días de veinticuatro horas». Queda patente, pues, que el empeño de encontrar en el Código Penal las citadas reglas de computación temporal no resulta tan sencillo como pudiera pensarse a simple vista.

Y, no es tan fácil, como decimos, sencillamente porque el Código Penal no establecía ninguna regla particular acerca de computación de plazos y, por ello, había que remitirse a lo dispuesto en el Código Civil que resultaba de aplicación en virtud de lo dispuesto en el antiguo artículo 16 (4.3 en la nueva redacción operada por la reforma de 1974) y que en su artículo 7 establecía las reglas generales de computación de plazos, a salvo lo dispuesto en normas especiales como lo preceptuado en los artículos 59 y 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 o en el 303 a 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, tratando de buscar la solución dentro de los preceptos del Código Penal debemos acudir una vez más a las vías interpretativas contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil que establece, como es bien sabido, que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

En efecto, como hemos dicho, antes de proceder a la aplicación supletoria de las normas del Código Civil referentes a la computación de plazos debemos agotar las posibilidades interpretativas de los preceptos contenidos en el Código Penal con objeto de determinar si el cómputo de las penas fijadas en meses o, los plazos de prescripción de las infracciones penales, en particular los dos meses a que se refiere el plazo prescriptivo de las faltas o, los seis meses respecto de las injurias (art. 113 del Código Penal), por ejemplo, habrán de computarse de fecha a fecha según la regla del artículo 5.1 del Código Civil o, se entiende, meses de treinta días cada uno, independientemente, claro está, de cuáles sean los meses naturales transcurridos y, en cualquier caso, cuál sea el soporte legal o fundamentación jurídica de la solución adoptada.

En ese afán de encontrar dentro de las normas del Código Penal un sistema de cómputo temporal que impida la aplicación de la regla de computación de fecha a fecha prevista en el actual artículo 5.1 del Código Civil y que justifique que, tanto en la liquidación de condenas como en los plazos prescriptivos, cuando se trate de meses, éstos se entiendan siempre de una duración fija de treinta días, independientemente de los meses naturales en los que aquéllos se computen o transcurran, debemos analizar minuciosamente aquellos preceptos del Código Penal vigentes que de una u otra forma se refieran a unidades de tiempo, entre los que destaca, como no podía ser menos, los referentes a la aplicación y extensión de las penas.

3) Antecedentes legislativos y normativa vigente acerca de la computación temporal en el ámbito castrense

Asimismo dicho análisis debemos también extenderlo a los antecedentes legislativos del vigente Código Penal y al alcance de otras normas, penales o no, que puedan servirnos para comprender el verdadero sentido del sistema de cómputo temporal aplicable a la duración de las penas y a los plazos prescriptivos.

En este sentido, el ya derogado Código de Justicia Militar, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945 (BOE del 20 de julio a 5 de agosto) establecía en su artículo 880 que en la liquidación de condenas:

«Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días, y se observarán las reglas siguientes:

1.^a Cuando la pena sea de un número de meses determinado se contarán de treinta días.

2.^a Cuando sea de años completos, se contarán de fecha a fecha y las fracciones de éstos se liquidarán por la regla anterior (13)».

Posteriormente la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar no establecía nada respecto a la computación temporal pero sí lo hace la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Esta en su artículo 349 establece que en la liquidación de condena:

«Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes:

1.^a Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días.

(13) Véase RD de 26 de noviembre de 1890 y RO de 8 de enero de 1891.

2.^a Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días».

Obsérvese como la vigente Ley Procesal Militar se separa del criterio contenido en el Código de Justicia de Militar de 1945 en el sentido de que cuando se trate de años completos ya no se computarán éstos de fecha a fecha sino que, a partir de la Ley Procesal Militar de 1989, cuando se trate de años, éstos se entenderán de trescientos sesenta y cinco días. Circunstancia que implica que en los años bisiestos se cumpla un día menos de condena que si utilizara el sistema de cómputo de fecha a fecha.

Es cierto que esta modificación resulta prácticamente intrascendente ya que, en términos reales, cuando se trata de varios años de condena el cumplimiento de unos días más o menos casi resulta irrelevante -o al menos desdibujada por la extensión de la pena- pero, sin embargo, supone un criterio mucho más apropiado e incluso justo que el sistema del cómputo de fecha a fecha —aunque éste resulte más sencillo de calcular— ya que, quiérase o no, aplicando este sistema de fecha a fecha la duración de las penas depende, aunque sea mínimamente, de la fecha en que empiece a computarse; lo que no parece adecuado ya que, en definitiva, ello implica que entre condenados a la misma pena unos cumplan efectivamente una pena más larga que otros, solamente por el hecho de empezar a cumplirlas o computarlas en meses de menor duración que aquellos que, por el contrario, se les compute meses naturales más largos.

A la vista de citado artículo 349 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar podemos preguntarnos si a efectos de la prescripción de las infracciones penales castrenses y de las penas que en su consecuencia se impongan resulta aplicable analógicamente la reglas de computación prevista en el artículo 349 de citada Ley Procesal Militar que, como se ha dicho, establece que «Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días» o, por el contrario, resultara de aplicación la regla de computación de fecha a fecha prevista en el artículo 5.1 del Código Civil al no preverse tal eventualidad en la citada Ley Procesal Militar. La cuestión debiera ser resuelta por el propio legislador estableciendo el criterio que considerase más oportuno pero, no dejando abierto el campo para la aplicación discrecional de la ley penal. Téngase en cuenta que frente a la precisión de la computación de fecha a fecha la regla de la computación de años de trescientos sesenta y cinco días lo único que consigue es dificultar el cálculo del *dies ad quem* ya que habrá que, primero, realizar la computación de fecha a fecha y, posteriormente, descontar un día por cada uno de los años bisiestos computados.

De esta forma para computar el plazo prescriptivo de 20 años previsto en el artículo 45 del vigente Código Penal Militar se aprecia la siguiente diferencia en función de la regla que apliquemos:

A) Si utilizamos la regla de computación de fecha a fecha prevista en el artículo 5.1 del Código Civil respecto a un hecho consumado el día 3 de enero de 1990 el delito prescribirá una vez transcurrido por completo el día 2 de enero del año 2010 (es decir que habrá cumplido $[365 \times 20] + 5 - 7305$ días).

B) Si por el contrario utilizamos la regla del cómputo de años de 365 días, resultará que sobre la fecha final que nos arrojó el cómputo anterior (2 de enero de 2.010) habrá que restar los cinco días de más que se computaron al incluir los días «29 de febrero» de los años bisiestos computados (en el caso, los años 1992, 1996, 2000, 2004 y 2008), es decir, que el delito consumado el día 3 de enero de 1990 prescribirá el día 28 de diciembre del año 2009 (y se habrán cumplido $365 \times 20 - 7300$ días).

Por su parte, en cuanto a antecedentes legislativos inmediatos al Código Penal no podemos olvidarnos que el Código Penal de 1928, cuyo artículo 110 establece que «para computar la duración de las penas a los efectos de su cumplimiento los días constarán de veinticuatro horas, los meses de treinta días y los años de trescientos sesenta y cinco días, cualquiera que sea su duración natural». El contenido de este precepto fue eliminado de los Códigos posteriores, silencio a interpretar indudablemente en el sentido de que para el legislador penal bastaban las normas generales del artículo 7 del Código Civil sobre duración de cada una de estas unidades de tiempo y las determinaciones del artículo 30 del Código Penal sobre duración de las penas (14).

VI. NUESTRA POSTURA ACERCA DE LA COMPUTACIÓN TEMPORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

1) **La vigencia de la regla de computación de meses de treinta días, incluso con posterioridad a la modificación del Título Preliminar del Código Civil**

Cuando en 1889 vio la luz nuestro Código Civil en él se establecía en su artículo 7 que: «Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol». Quedaba claro, pues, que en la computación de plazos, incluida la duración de las penas y los plazos prescriptivos los meses serían siempre de treinta días independientemente de la fecha en que comenzaran a computarse.

(14) En este sentido, Consulta n.º 1/1975, de 13 de febrero, de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Sin embargo, por diversas razones que no interesa destacar ahora pero, fundamentalmente, con objeto de unificar las reglas de computación establecidas en nuestro ordenamiento jurídico que recogía criterios distintos en otras normas (15), por ejemplo en los artículos 303 a 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el 59 y 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (16) e, incluso, en el mismo artículo 1.130 del Código Civil, el legislador consideró oportuno, como hemos dicho, unificar lo mas posible las reglas de computación temporal para lo que aprovechando la modificación del Título Preliminar del Código Civil efectuada en 1974 introdujo en su nuevo artículo 5.1, entre otras, a semejanza de lo previsto en la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo la regla de la computación de fecha a fecha.

Regla de fecha a fecha que suponía que ya los meses no tendrían siempre la duración de treinta días sino que, distintamente, tendrían la duración natural que a cada mes le corresponde en el calendario gregoriano ya que al computarse de fecha a fecha el plazo que empezara a correr, por ejemplo, en febrero tendría una duración en su primer mes de 28 días (si el plazo de un mes comienza el uno de febrero, computado de fecha a fecha terminaría el uno de marzo, lo que supondría una duración de veintiocho días. Si distintamente comienza el uno de marzo finalizaría el uno de abril y, por tanto, con una duración de treinta y un días).

Ahora bien, si en otros ámbitos la modificación pasó casi inadvertida, en el ámbito penal levantó algunas críticas por cuanto en adelante, como ya hemos dicho, los plazos de extensión de las penas y los de prescripción fijados en meses quedaban indeterminados en su duración exacta ya que, al computarse de fecha a fecha, la duración concreta estaría supeditada al momento inicial del cómputo o *dies o quo*. Ello fundamentó que la doctrina científica olvidándose de las nuevas reglas de computación temporal previstas en el Código Civil buscara razonamientos jurídicos válidos dentro del Código Penal para evitar que la duración

(15) En la misma línea unificadora, el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 dió nueva redacción al vigente Reglamento Hipotecario, quedando éste redactado de la siguiente forma:

«Los plazos señalados por días en este Reglamento se computarán por días hábiles, excepto los establecidos para concursar Registros o tomar posesión de los mismos, que contarán por días naturales.

Si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiese día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último del mes. Si el último día del plazo fuese inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil siguiente».

(16) Dice GONZÁLEZ PÉREZ, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Civitas, Madrid, 1991, p. 696, que los plazos por meses han constituido el objeto de una jurisprudencia contradictoria y desafortunada, cuando se trataba de plazos de ciertos recursos a los que se asignaba una naturaleza especial y, por tanto, no se aplicaban las reglas del artículo 60.2 LPA, sino las del artículo 7 del Código Civil, que establecía que si en las leyes se habla de meses, se entenderá que son de treinta días, salvo que se determinen por sus nombres, en cuyo caso se computarán por los días que respectivamente tengan.

de las penas y los plazos prescriptivos quedasen a merced del día inicial del cómputo. Decimos que buscó entonces la solución dentro del Código Penal, cuando hasta la reforma del Código Civil en 1974 lo había basado en el artículo 7 de este Código, para evitar precisamente la aplicación supletoria, al amparo de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 4.3 del Código Civil que establecía que las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes, del artículo 5.1 del Código Civil que introducía la computación de fecha a fecha originadora de la desigualdad en la duración de los plazos dependiendo del momento en que éstos empezarán a computarse.

Se argumentaba entonces que no resultaba aplicable supletoriamente el artículo 5.1 del Código Civil en su nueva redacción respecto a la computación de las penas y de los plazos prescriptivos por cuanto el propio Código Penal establecía su propio sistema de computación temporal y, por tanto, al tratarse de materia expresamente regulada en la ley especial no era necesario acudir a la supletoriedad del Código Civil en virtud de la regla prevista en el artículo 4.3 de este Código.

En este sentido, algunos autores y la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo n.º 1/1975, de 13 de febrero, llegaba a la conclusión de que el sistema de cómputo temporal previsto en el artículo 5.1 del Código Civil no resultaba aplicable, al razonar dicha Consulta que:

«a efectos de la liquidación de condena, los meses son siempre de treinta días y no tienen, por tanto, la duración que cada mes tiene asignada. Esto es así porque para el cómputo de la duración de los meses el propio Código Penal, al regular la duración de las penas en el artículo 30, indica que el arresto menor dura hasta treinta días y el arresto mayor de un mes y un día a seis meses; es decir, que parte de la norma básica de que un mes tiene treinta días de duración para el cómputo de las penas cuya duración se determine por meses».

Sin embargo, pese a la sólida fundamentación de esta Circular para evitar la computación de fecha a fecha y con ella la duración variable de las penas y plazos prescriptivos fijados en meses, es lo cierto que, con anterioridad a la reforma del Título Preliminar del Código Civil que, introdujo la indeseada regla de computación de fecha a fecha, nunca se acudía al Código Penal para fundamentar la duración de las penas y los plazos prescriptivos sino que se acudía, sin excepción que conozcamos, a lo previsto en el artículo 7 del Código Civil que, como ya sabemos, establecía que:

«Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol».

Decimos que no se acudía a las propias reglas del Código Penal sencillamente porque en este Código no existían tales reglas y porque resul-

taba evidente que la computación habría de efectuarse con las previstas en el hasta entonces artículo 7 del Código Civil que implicaba la solución que posteriormente se pretendía correcta, es decir, que los meses habrían de entenderse siempre de treinta días. Esta conclusión basada en el artículo 7 del Código Civil era entonces, y es tan evidente ahora, que no existe una sola resolución judicial o criterio doctrinal anterior a la modificación del Título Preliminar del Código Civil en 1974 que mantuviera una postura distinta. Buena prueba de ello es que desde las tempranas sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1895 y de 4 de julio de 1905 (confirmadas posteriormente, entre otras, por SSTs de 27 de febrero y 10 de marzo de 1954) la computación de los plazos de prescripción se fundamentaban en el artículo 7 del Código Civil. Así, se decía en la primera de las sentencias citadas que:

«Con arreglo al art. 7 CC, prescribió la acción por injurias si, celebrada la conciliación en 20 de octubre se presenta la querrela el 20 de abril del inmediato año, pues los meses son de treinta días».

Postura reforzada por la que ha venido en llamarse interpretación auténtica del Código Civil como es la representada por los Comentarios al Código Civil Español, de MANRESA (17) que, al tratar del artículo 7 señala que «...para los efectos de este artículo, y en segundo término, como aprecia principalmente esta división del tiempo el derecho penal, en la duda debiera estarse a lo mas favorable al reo». Asimismo al referirse al concepto de *noches* comenta que «Puede también un acto comenzar antes de ponerse el sol y terminar después o iniciarse en un lugar en que se ponga el sol antes que en otro y acabar en éste. Entonces creemos que, tratándose de materia penal, por el principio que acabamos de recordar, el hecho habría de entenderse verificado de día». Comentarios que dejan claro la aplicación del artículo 7 del Código Civil al ámbito del Derecho penal.

En el mismo sentido, la Fiscalía del Tribunal Supremo en contestación de 22 de agosto de 1892 (Memoria de dicha Fiscalía, p. 116) a la Consulta referente a si las liquidaciones de condena deberán hacerse a razón de treinta días por mes o por meses naturales, dada la disposición del artículo 7 del Código Civil, señalaba que:

«el precepto citado del Código Civil (art. 7) es de carácter general, y si a esto se agrega que su aplicación a las condenas resulta favorable a los sentenciados, no cabe duda que, por virtud de lo en él dispuesto, al hacerse liquidación de aquéllas deberán contarse los meses de treinta días y los días de veinticuatro horas».

(17) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1890, p. 76.

Vemos pues, claramente, como con anterioridad a la modificación del artículo 7 del Código Civil por el Decreto 1.836/1974, de 31 de marzo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, no se acudía a los propios preceptos del Código Penal para entender que los meses se computarían siempre de treinta días sino que, se acudía a las reglas de computación previstas en el Código Civil.

Lo que sucedió después ya lo hemos hecho notar y es que, para fundamentar la continuación de la regla de que los meses se entenderían siempre de treinta días —dado que el nuevo precepto del Código Civil referente al cálculo o cuenta de plazos establecía un nuevo sistema de cómputo basado en la computación de fecha a fecha—, se buscó dentro del mismo Código Penal, los razonamientos jurídicos necesarios para fundamentar que en la duración de las penas y en los plazos prescriptivos fijados en meses, éstos habrían de entenderse en cualquier caso de treinta días, independientemente de la fecha en que empezaran a computarse, evitando de esta forma, la aplicación supletoria del Código Civil que, supondría la computación de fecha a fecha y, en consecuencia, que la duración de las penas y la determinación de los plazos prescriptivos quedasen determinados por la fecha inicial o *dies a quo* del cómputo.

2) La incongruencia del sistema de cómputo previsto en el Código Penal

Ahora bien, de admitir que no resulta aplicable en materia penal las reglas de computación previstas en el artículo 5.1 del Código Civil por entender que el propio Código Penal contiene su particular sistema de cómputo temporal se nos plantea un nuevo problema interpretativo ya que, si bien respecto a la computación por meses, podemos encontrar la solución de que los meses son siempre de treinta días y no tienen, por tanto, la duración que cada mes tiene asignada, amparándonos, conforme a la Consulta n.º 1/1975 citada de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en que:

«para el cómputo de la duración de los meses el propio Código Penal, al regular la duración de las penas en el artículo 30, indica que el arresto menor dura hasta treinta días y el arresto mayor de un mes y un día a seis meses; es decir, que parte de la norma básica de que un mes tiene treinta días de duración para el cómputo de las penas cuya duración se determine por meses»;

sin embargo, no sucede lo mismo respecto al cómputo temporal de las penas o plazos de prescripción establecidos en años en el que no podemos encontrar ninguna de las dos posibles soluciones dentro del Código Penal, es decir, el de admitir que en tales casos haya de entenderse que en las penas o plazos prescriptivos fijados en años se entienda, bien

que los años son de trescientos sesenta y cinco días (como previene, por ejemplo, el artículo 349 de la Ley Procesal Militar o el artículo 110 del Código Penal de 1.928, etc.), bien que en tales supuestos, se aplique el sistema de computación temporal de fecha a fecha previsto en el artículo 5.1 del Código Civil.

Cualquiera de las dos soluciones expuestas plantea difíciles cuestiones interpretativas.

La primera de ellas, es decir, la de considerar que en la liquidación de condenas o en los plazos prescriptivos se entienda que los años son siempre de trescientos sesenta y cinco días choca con el inconveniente de encontrar la norma o el precepto que la dé cobertura jurídica o, lo que es lo mismo, ¿en qué nos basamos para llegar a esa conclusión? Ante esta presunta no nos queda sino contestar que no existe ningún precepto jurídico que pueda abrigar esta solución.

Y, si no podemos justificar la computación de años de trescientos sesenta y cinco días parece que sólo nos queda ampararnos en la otra posibilidad, en principio, factible, es decir, la de considerar aplicable la computación de fecha a fecha.

Sin embargo, esta conclusión resulta cuando menos sorprendente ya que si bien hemos admitido que para la computación de los meses no es aplicable el Código Civil resulta que para la computación de los años sí lo es.

Ya sabemos que en buena técnica jurídica tal posibilidad podría ser admitida por nuestro Ordenamiento si entendemos que no es válida la computación de los meses prevista en el Código Civil al disponer el Código Penal de su propio sistema de cómputo de meses y, sin embargo, válida para la computación de años al no disponer el Código Penal de una regulación propia respecto de éstos y, por ello, resultar conforme al artículo 4.3 del CC aplicable supletoriamente el artículo 5.1 del Código Civil.

En nuestra opinión, parece claro que respecto a la computación temporal de las penas y de los plazos prescriptivos establecidos en años resulta aplicable la regla de computación de fecha a fecha prevista en el artículo 5.1 del Código Civil, sin embargo, parece increíble que una cuestión tan fundamental como las reglas de computación en el ámbito del derecho penal resulte tan complicada y difícil de comprender.

Dificultad que se concreta en que, para la computación de los meses se aplique un pretendido sistema contenido en el Código Penal que durante muchos años resultó desconocido no sólo para la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la Fiscalía del Tribunal Supremo, sino también para cualquier operador jurídico y doctrina científica que tuvieron ocasión de analizar y aplicar el antiguo artículo 7 del Código Civil a la liquidación de condenas y a los plazos de prescripción penal y, que sin embargo, para la computación de los años, se aplique una regla contenida en otra norma distinta como es el Código Civil.

No cabe duda que tal cúmulo de circunstancias no puede sino causar un evidente desconcierto a cualquier jurista ya que si las leyes penales deben resultar especialmente claras y concisas, lo apuntado deja claro que se trata de un supuesto en que la claridad y la concisión brillan precisamente por su ausencia.

3) La computación de años de trescientos sesenta y cinco días

Ya hemos adelantado como el día inicial o *dies a quo* en el cómputo de las penas privativas de libertad no ofrece dudas al resultar clara la dicción de los artículos 30 y 32 del Código Penal que, como también hemos señalado, establecen el principio *dies a quo computatur in termino*.

Ahora bien ¿cuál es el día final en las penas cuya duración se materializa en unidades de tiempo de uno o más años? Esta es la incógnita que trataba de despejar la Consulta n.º 2/1989, de 26 de abril, sobre computación del año a efectos del cumplimiento de las condenas. Veamos seguidamente algunos de los argumentos esgrimidos en citada Consulta.

Ya hemos mencionado anteriormente cómo es posible mantener una alternativa a efectos del cumplimiento de estas penas: entender que día final de un año de condena es el último del año computado naturalmente (el día 365) o estimar que el *dies ad quem* de la condena es el que represente el número 360 desde la privación de libertad. Se contraponen de esta manera año natural y año derivado de multiplicar los doce meses por treinta días.

Estas eventuales interpretaciones contrapuestas sobre si deben prevalecer los trescientos sesenta o los trescientos sesenta y cinco días están justificadas por la indeterminación que existe en nuestro Derecho sobre la efectiva extensión de la pena de un año, lo que es, a su vez, consecuencia de no estar fijada la duración del año en un orden jurídico, ya que ni siquiera la amplia proposición jurídica del Código Civil, definidor de días, noches y meses, se ocupó de los años, a pesar de que tanto en este Cuerpo legal como en otros fundamentales las referencias al año son frecuentísimas. He aquí algunos ejemplos de ello.

En la esfera del derecho civil, los artículos 460.6 (el poseedor pierde la posesión por la posesión de otro si la nueva posesión hubiere durado más de un año), 1944 (se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año) y 1968 en el que el transcurso de un año constituye el plazo de prescripción de determinadas acciones.

En Derecho procesal civil conforme al artículo 611 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produce la caducidad de la instancia por el transcurso de un año si el pleito estuviese pendiente del recurso de casación; y en el artículo 1.653, en materia de interdictos de retener y recobrar, el Juez admite la demanda si aparece presentada antes de haber transcurrido un año.

En el Código Penal pueden citarse los artículos 92.2 (es requisito de la condena condicional que la pena privativa de libertad no exceda de un año), 98 (es condición esencial para otorgar la libertad condicional, la condena a más de un año de privación de libertad), 118 (la cancelación de oficio de los antecedentes penales procede cuando hayan transcurrido los plazos previstos y un año más), 184 (en las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos el tránsito de la pena de prisión menor a la de prisión mayor se subordina a que la detención hubiese pasado de un año) y 113 y 115 en donde se establece respectivamente, que los delitos de calumnia y las penas leves prescriben al año.

Como simple curiosidad es digno de notarse cómo la Ley de 20 de febrero de 1962, reguladora de la Pesca Fluvial, establecía en el párrafo primero del artículo 58 un plazo de prescripción de doce meses y en el segundo del mismo artículo de un año. En concreto establecía el artículo 58 que:

«Prescripción.—La acción para denunciar y perseguir a los infractores de la presente Ley de Pesca Fluvial es pública, prescribe a los doce meses, contados a partir del día en que las infracciones tuvieren lugar, se tuviera de ellas conocimiento o de la última diligencia del sumario o expediente comenzado a incoar.

Las responsabilidades derivadas de infracciones a la Ley prescriben al año, contado desde la fecha en que hayan sido firmes las providencias punitivas correspondientes».

Pues bien, estos años a que se refieren las diversas normas penales ¿se computarán siempre de trescientos sesenta y cinco días o, año natural?

Ante la variedad de normas que contemplan el año como la iniciación o el cumplimiento de un cambio jurídico actual, en trance de señalar su duración caben las siguientes conclusiones:

1.^o) De modo incondicionado las normas del Derecho privado y las del Derecho procesal en cuanto contemplen plazos o términos, se desenvuelven dentro del año natural. En apoyo de esta tesis pueden citarse, entre otros los siguientes preceptos. El artículo 5.1 del Código Civil —referido tanto a los plazos fijados en las leyes como en los negocios jurídicos— declarativo de que si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha (computación natural). El artículo 60 párrafo primero del Código de Comercio —cuyo párrafo segundo ha sido derogado por la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985— incluida entre las disposiciones comunes a los contratos mercantiles, expresa literalmente que en todos los cómputos de años se entenderá el año de trescientos sesenta y cinco días. El artículo 60.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo a términos administrativos, dice que «si el plazo se fija en años se entenderán naturales en todo caso». En igual sentido el artículo 71.6 de la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo.

2.º) En el Código Penal los plazos de prescripción de los delitos y las penas de los artículos 113 y 115 van referidos a años naturales, lo mismo que el plazo de un año que previene el artículo 188, o el transcurso de más de un año que configura la modalidad más grave de detención ilegal del artículo 186. Para el cumplimiento de las penas, el año tendrá también una duración de trescientos sesenta y cinco días.

He aquí algunas razones que confirman la tesis de que a efectos de cumplimiento de las penas impuestas por años, éstos han de computarse de trescientos sesenta y cinco días.

El Código Penal de 1928 (art. 110) dispuso que para computar las penas a efectos de su cumplimiento, los días se contarán de veinticuatro horas, los meses de treinta días y los años de trescientos sesenta y cinco días cualquiera que sea su duración natural. Como el Código Penal vigente nada expresa sobre la duración del año a efectos penales-penitenciarios, habremos de acudir a otros preceptos de nuestro ordenamiento. Y en particular al Código Civil, del que nos interesan ahora dos de sus normas contenidas en el Título Preliminar. Uno es el artículo 4.3 conforme al cual las disposiciones de este Código se aplican como supletorias en las materias regidas por otras leyes. Y otro, el artículo 5.1 a cuyo tenor «si los plazos estuviesen fijados por...años se computarán de fecha a fecha».

La solución dada en la Consulta de 11 de noviembre de 1985 está justificada. Se partió en ella del *favor rei*, pues de otro modo, teniendo en cuenta el año natural, no resultaría aplicable un beneficio penitenciario. Por otra parte, en aquel caso la acumulación matemática de ambas sanciones —de seis meses y un día cada una— no se hizo reduciendo los castigos a días —como acostumbra, sin embargo, a hacerse en las liquidaciones de condena— con lo que se rechazó que dos penas de duración inferior al año natural fueran inhábiles para producir los efectos del artículo 98 del Código Penal. Pero en las penas impuestas por años, al tiempo de realizarse las liquidaciones de condena, éstos han de ser computados como de trescientos sesenta y cinco días. Separamos así el concepto temporal de año, según se proyecte sobre liquidaciones de condena o, sobre el cumplimiento de los requisitos del beneficio de la libertad condicional, y según el modo en que se hayan impuesto las penas: tres penas de cuatro meses cada una originan el cumplimiento de treinta días aunque doce meses integren un año, pero el condenado a una pena de un año de prisión ha de cumplir trescientos sesenta y cinco días.

VII. EL SISTEMA DE CÓMPUTO TEMPORAL HIPOTÉTICAMENTE PREVISTO EN EL CÓDIGO PENAL

Expuesta ya la necesidad de encontrar dentro del Código Penal una respuesta a la computación temporal que permita sostener que en materia penal cuando se hable de meses —particularmente en las sentencias

condenatorias o respecto a los plazos de prescripción de las faltas o del delito de injurias— éstos han de entenderse en todo caso de treinta días, independientemente de los meses naturales en que efectivamente se ejecuten las penas o se computen los plazos prescriptivos, resulta obligado exponer la fundamentación jurídica que avala la tesis de la existencia en el Código Penal de dichas reglas de computación.

Sólo en este sentido resulta apropiados y sólidos los razonamientos jurídicos esgrimidos en la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo n.º 1/1975, de 13 de febrero, en la que se mantenía que el sistema de cómputo temporal previsto en el artículo 5.1 del Código Civil no resultaba aplicable en el ámbito del Derecho Penal ya que:

«a efectos de la liquidación de condena, los meses son siempre de treinta días y no tienen, por tanto, la duración que cada mes tiene asignada. Esto es así porque para el cómputo de la duración de los meses el propio Código Penal, al regular la duración de las penas en el artículo 30, indica que el arresto menor dura hasta treinta días y el arresto mayor de un mes y un día a seis meses; es decir, que parte de la norma básica de que un mes tiene treinta días de duración para el cómputo de las penas cuya duración se determine por meses».

Llegamos así a la conclusión (18) junto a MARTÍN MARTÍN (19) que los meses a efectos del plazo prescriptivo y de la duración de las penas habrán de computarse, en todo caso, independientemente de los meses naturales en que transcurran, de treinta días (20) rechazándose abiertamente la computación de fecha a fecha (21) prevista en el artículo 5.1 del Código Civil.

Ya ALONSO PRIETO (22) sostenía que la aplicación de las reglas del Código Civil sobre el cómputo del tiempo en la duración de las penas atentaba contra el principio de certidumbre y contra el principio de legalidad que debe primar en el Derecho Penal pues «el nuevo sistema de cómputo hace a los penados de desigual condición según el momento

(18) Conclusión que ya apuntábamos en GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José, *La prescripción del delito por paralización del procedimiento*, LA LEY, n.º 3196, de 12 de febrero de 1993.

(19) MARTÍN MARTÍN, *El cómputo de tiempo en la prescripción penal*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 1193, pp. 1 y ss.

(20) El artículo 7 del Código Civil, en su redacción originaria, decía «Si en las leyes se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan».

(21) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1890, p. 76, al tratar el artículo 7 entiende que para los efectos de este artículo, y en segundo término, como aprecia principalmente esta división el derecho penal, en la duda debiera estarse a lo más favorable al reo.

(22) ALONSO PRIETO, *La prescripción de las faltas en procesos por delito*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n.º 867, pp. 1 y ss.

de cumplimiento de la pena» añadiendo que «la variabilidad del concepto de mes se trasluce en que dos penados sancionados con idéntica pena vengan a padecer de hecho y por motivos injustificados diferentes grados de padecimiento». Nosotros añadiríamos a tan clarificadoras palabras que, además, tal sistema conculcaría abiertamente el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna y configurado en el artículo 1 como valor superior del Ordenamiento jurídico, pues no existe razón alguna que legitime tal diferencia de tratamiento para uno u otro penado o beneficiado de la extinción por la prescripción declarada y, todo ello con las garantías de amparo que proclama nuestra Constitución.

Sostiene mencionado autor que los meses en la Ley penal son inevitablemente de treinta días razonando que «la pauta que señala la duración de la pena de arresto menor (artículo 30 del Código Penal) a la que hay que remitirse inexcusablemente para indagar la duración de los meses es índice inequívoco de que la Ley no cuenta con meses de veintiocho, veintinueve ni treinta y un días. El límite máximo de aquella pena es de treinta días, lo cual significa, de una parte, que el Código no reconoce meses de duración inferior, y, de otra, que el límite mínimo de la pena de arresto mayor, a la que la Ley designa por meses básicos, se ha de formar añadiendo un día a esos treinta días. Otra cosa significaría la posibilidad de arrestos mayores de veintinueve días y, por contraste, arrestos menores de treinta y uno».

Entendemos que la computación del término prescriptivo así como de las penas ha de hacerse considerando únicamente meses de treinta días y no los naturales como supondría la aplicación de la regla prevista en el artículo 5.1 del Código Civil aplicada supletoriamente a la legislación penal en virtud de lo preceptuado en el artículo 4.3 del mismo Código y, ello, por considerar, en primer lugar, que no es procedente la aplicación supletoria del Código Civil en materia de cómputo temporal en la prescripción penal así como en la de duración de las penas por cuanto tal aplicación, como ya dijimos, conculcaría entre otros, principios constitucionales como el de legalidad, seguridad jurídica (art. 9.3 CE) e igualdad (art. 14 CE) (23) al quedar los interesados sumidos en la más absoluta incertidumbre acerca del plazo prescriptivo así como estimarse la prescripción —o, en su caso, el cumplimiento de la pena— en

(23) Es doctrina muy reiterada ya la del Tribunal Constitucional la que declara que la igualdad ante la Ley reconocida en el artículo 16 de la Constitución es en primer término, igualdad en la configuración del texto legal, lo que significa que a la identidad de supuestos de hecho debe acompañar identidad en los efectos o consecuencias jurídicas; que la identidad en los supuestos de hecho no se rompe cuando se introduce para tratar de diferenciar los elementos o circunstancias carentes de razonable justificación, y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico. La igualdad de que trata el artículo 16 de la Constitución es también, sin duda, igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos encargados de ello, si bien desde esta perspectiva la regla constitucional posee un alcance distinto.

unos casos transcurridos, por ejemplo, cincuenta y nueve días y en otros sesenta y dos —como ya expusimos— sin que exista razón alguna que legitime tal diferencia lo que, sin duda constituye una desigualdad que el Derecho no puede admitir (24).

El cómputo de fecha a fecha origina la desigualdad mencionada en supuestos idénticos lo que debe desterrarse porque el Derecho no puede amparar situaciones absurdas que no deben tener cabida en el mundo jurídico.

Esta desigualdad de duración o de computación de términos creadora de una situación *in peius* para un penado que comience a cumplir por ejemplo una pena de dos meses de arresto mayor en uno de julio de cualquier año —que cumplirá sesenta y dos días si se computa de fecha a fecha según las reglas previstas en el artículo 5.1 del Código Civil— respecto de otro condenado a la misma pena y que comience, por poner un ejemplo, el uno de enero —cumpliendo tan sólo cincuenta y nueve días. Sesenta en años bisiestos— es lo que conforme al principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento jurídico (25) y al propio carácter normativo de la Constitución que no impone sólo prevalencia en la llamada interpretación declarativa, también en la, indebidamente, llamada interpretación integrativa que —afirma GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (26)—

(24) Véase el interesante trabajo de GÓMEZ BENITEZ, *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena, Estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico n.º 3, 1980.

(25) Entienden GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1988, p. 131, siguiendo a ZIPPELIUS que la Constitución constituye el «contexto necesario de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos y normas del Ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación, aunque sea un contexto que a todas las excede en significado y en rango; en este sentido, habrá que entender en adelante que la indicación del artículo 3.1 de nuestro Código Civil, que ordena interpretar las normas «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto» llama, en primer término, para depurar ese contexto, a la norma constitucional.

(26) Siguiendo plenamente la idea apuntada por GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Ob. cit.*, p. 126 y, posteriormente recogida por el Tribunal Constitucional de que la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del Ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por operadores públicos o por operadores privados; por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto generales como los específicos referentes a la materia de que se trate (principios acogidos en EEUU «*in harmony with the Constitution*»; en Alemania «*die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*»).

Hacen notar asimismo estos autores que la Constitución asegura una unidad del ordenamiento sobre la base de su «orden de valores» materiales expresos en ella. Unidad que es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del Derecho, que o al interprete toca investigar y descubrir —sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia—, o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la

colma insuficiencias de los textos legales a aplicar; estando hoy ambas funciones, aunque sin el carácter jerárquicamente superior que manifiestamente presenta la Constitución, recogidas al hablar de los principios generales del Derecho por el artículo 1.4 del Código Civil, así como en la prohibición —que según citados autores hay que estimar implícita— de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales (recuérdense los valores superiores del Ordenamiento proclamados en el artículo 1 de la CE «JUSTICIA» e «IGUALDAD» que indefectiblemente se verían conculcados de estimarse meses a efectos de cumplimiento de penas de duración indeterminada dependiendo de la fecha inicial del término —de 28, 29 30 o, incluso 31 días—) y con fundamento, asimismo, en una aplicación analógica (27) que, como es bien sabido, según dispone el artículo 4.1 del Código Civil procederá cuando las normas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón y, en el caso ahora analizado, aunque, forzándolo, resulta evidente —en el mismo sentido MARTÍN MARTÍN (28)— que entre la duración de las penas a efectos de su cumplimiento (véase artículo 30 del Código Penal) y la duración del tiempo por el que pueden aplicarse antes de que prescriban (artículo 115 CP) o durante el que puede perseguirse el delito o falta que las motiva (art. 113 CP) se aprecia una identidad de razón determinada por su naturaleza que, autoriza la aplicación analógica (29) a que nos he-

ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada —y todas lo son para la Constitución— podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente a dichos valores.

Recordemos que en nuestra Constitución esos valores básicos están destacados de dos maneras, en el Preámbulo y en el Título Preliminar, cuyo artículo 1.º proclama como «valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» reconociendo nuevamente el artículo 14 como derecho fundamental la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos.

Pues bien, la interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorios con los valores constitucionales resultando, en consecuencia, las normas constitucionales «normas dominantes» frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento.

(27) Para RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Madrid, 1983, p. 206, está permitida toda analogía que no sea fundamentadora de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad y, prohibido, por el contrario, la analogía que conduzca a resultados en oposición con el principio de legalidad.

Recordamos que este autor proclama la sustitución de la denominada analogía *in bonam partem* (en favor del reo) y de la analogía *in malam partem* (en contra del reo) por las de analogía permitida y prohibida.

(28) MARTÍN MARTÍN, ob. cit., p. 6.

(29) Para RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit. p. 208, la analogía comienza donde termina la interpretación. Precisamente cuando la interpretación ha puesto de manifiesto que el caso en cuestión no está comprendido en la ley, únicamente entonces, puede ocurrir que

mos referido y, ello, no se olvide tampoco, puede resultar en la mayoría de los supuestos —salvo cuando haya de computarse los últimos días de febrero— favorable (30) a los condenados o simples encartados de cualquier infracción penal (es sabido, como para las infracciones administrativas el cómputo se practicará de fecha a fecha coincidiendo con las reglas previstas en el artículo 5.1 del Código Civil al disponerlo así con carácter general, entre otros preceptos, el artículo 48 de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Por otra parte, con la tesis que propugnamos hacemos propios los razonamientos de PACIFICI-MAZZONI (31) de que en presencia de dos posibles interpretaciones de la ley ha de ser preferida la que ofrezca un sentido más razonable ya que el Derecho se constituye según razón «la que corresponda mejor a las necesidades de la práctica y, en definitiva, aquella que sea más benigna según el carácter general del Derecho, refractario a toda dura severidad».

Entendemos que los meses han de ser en todo caso de treinta días porque ha de rechazarse la interpretación que conduzca a un resultado contradictorio con otras normas, o con el sistema en el que todas ellas se hallen integradas, y que conduzca a consecuencias absurdas (32) como

haya una laguna, aunque no siempre la hay por el argumento a contrario». Sigue diciendo este autor que un posible conflicto entre interpretación y analogía surge cuando se admite la llamada interpretación «extensiva», que entiende debe ser proscrita, pues cuando no se admite la inclusión en un precepto legal de un caso no comprendido en su letra, ya no hay posibilidad ninguna de distinguir netamente interpretación y analogía. Esto no significa un culto a la letra de la ley porque —según él— la interpretación teleológica puede restringir el alcance de esa letra, resultado al que pueden conducir también los demás métodos interpretativos.

«Abandonado el fuerte suelo de la letra de la ley como confín que no se debe traspasar queda abierto el camino a todas las fantasías y subjetivismos, y con ello a la inseguridad jurídica, particularmente temible en el campo del Derecho Penal».

(30) Véase SSTs de 1 de junio de 1970 «no solo por una interpretación estricta del precepto que impide aplicarlo en perjuicio del reo»; de 10 de junio de 1969 «la incertidumbre en el día de su comisión, pudo serlo en cualquiera del mes y año en que se denunció, no puede resolverse señalando fecha comisiva que le perjudique, pues también pudo cometerse en cualquiera de los días cuya iniciación de cómputo le sea más favorable» y de 29 de abril de 1966 «doctrina que se acomoda al principio prohibitivo de posibles interpretaciones ampliatorias de los textos de carácter penal en perjuicio del reo».

Hemos citado estas sentencias a riesgo de haber incurrido en el conocido fenómeno de la «dogmatización de la jurisprudencia» que debe ser combatido (dice LALAGUNA en *NEJ Seix*, Tomo 14, Barcelona, 1971) y que Díez-PICAZO en *Estudios de Jurisprudencia Civil*, Tecnos, Madrid, 1966, describe así «Lo normal es, no nos engañemos, recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola, por una parte, del caso dentro del cual había nacido y al cual, por tanto, continúa estando estrechamente vinculada, y separándola, por otra parte, del resto de la sentencia, generalizada, de manera tal que es a esta pequeña máxima o afirmación así abstraída a lo que usualmente denominamos jurisprudencia».

(31) Citado por CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1967, p. 262.

(32) LEGAZ LACAMBRA, *El razonamiento por analogía*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense n.º 69, 1983, «Parece, pues, que el juez debe proceder en primer lugar a una interpretación de la norma aplicable, una interpretación que puede ser restrictiva o extensiva; si esta no es suficiente deberá acudir a la analogía

la mencionada de distinta duración del plazo prescriptivo o de la pena sino que ha de acudirse a una interpretación lógica que, según DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (33) es la que utiliza las reglas del razonar humano para comprender el significado de la norma, ya que en todo caso, la lógica jurídica no puede ser una lógica estrictamente formal, sino que ha de consistir en la lógica de lo justo o en la lógica de lo razonable. Para llegar a esta conclusión tras el proceso interpretativo necesario (34) y, siempre respetando el principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento (35) según las reglas del artículo 3.1 del Código Civil que, como es sabido recoge los denominados elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático para alcanzar una interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma que recoge todos esos elementos interpretativos y cuya eficacia de este método finalista explica el carácter siempre progresivo de la jurisprudencia es necesario partir de la duración de las penas y, en particular, de la de arresto menor establecida por el artículo 30 de Código Penal de uno a treinta días a la que —como sostiene ALONSO PRIETO— inexcusablemente hay que remitirse para indagar la duración de los meses y que, como sigue afirmando este autor «es índice inequívoco de que la Ley no cuenta con meses de veintiocho, veintinueve ni treinta y un días». El límite máximo de aquella pena es de treinta días, lo cual significa, de una parte, que el Código no reconoce meses de duración inferior ni superior, y, de otra, que el límite máximo de la pena de arresto mayor, a la que la Ley designa por meses básicos, se ha de formar añadiendo un día a esos treinta días —mes básico—. De otro modo habría que admitir que la pena de arresto mayor impuesta en lo más bajo del grado mínimo (un mes y un día según establece el artículo 30 del CP) podría, según la fecha en que comience a computarse, tener una duración de veintinueve, treinta, treinta y uno y hasta treinta y dos días, lo que sume al condenado a

(o a su negación por el *argumentum a contrario*) en sus dos grados, como analogía *legis* y analogía *iuris*, y, en un tercer estadio, podrá recurrir a los principios generales del Derecho —lo que supone ya una cosa diferente de la analogía— y a la norma de libertad, aunque en ciertos casos deberá de acudir a tal norma de libertad desde el primer momento, como en el caso del Derecho penal y algunas lagunas queridas por el legislador.

Señala asimismo este autor siguiendo a PERELMAN que la obligación de fallar no implica necesariamente, ante el silencio de la Ley, la necesidad de crear una regla nueva; ésta puede consistir también en acudir a un principio general de libertad lo que es posible —de acuerdo con el filósofo Carlos COSSIO— en tanto que el principio general de libertad es un *a priori* trascendental del Derecho, en virtud del cual un ordenamiento jurídico se constituye como un sistema completo y cerrado desde un punto de vista lógico: lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.

(33) DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 1978.

(34) LEGAZ LACAMBRA, ob. cit., p. 23, «lo que importa es la aplicación bien fundamentada del Derecho, y la libre creación del derecho es lo que se debe prohibir, sobre todo en el Derecho Penal».

(35) GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 126 y ss.

una evidente inseguridad jurídica y desigualdad proscritas por los artículos 9 y 14 del Texto constitucional.

Además, podría darse el caso que un sentenciado a una pena de arresto menor podría cumplir mayor pena que un condenado a lo más bajo de la pena de arresto mayor en su grado mínimo si, por ejemplo, a aquél se le computara un mes natural de los que tienen treinta y un días y a éste el mes de febrero. Supuesto en el que el condenado a la pena de arresto menor cumpliría treinta y un días y el condenado a la pena de arresto mayor tan sólo veintinueve —o treinta de tratarse de año bisiesto—.

A aquélla conclusión respecto de la duración de las penas llegó la entonces Fiscalía del Tribunal Supremo en su Consulta n.º 1 de 1975, estableciendo que los meses son siempre de treinta días y no tienen, por tanto, la duración que cada mes tiene asignada en el calendario y ello porque si bien el artículo 5.1 del Código Civil, que recoge como ya hemos señalado el cómputo de fecha a fecha, tiene naturaleza de norma subsidiaria o supletoria no lo será para el supuesto que se analiza, dado que sobre esta materia el Código Penal contiene, aunque no sea un ejemplo de claridad, un sistema propio de cómputo temporal.

VIII. LA SITUACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992 Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Si como se ha dicho en el régimen actual se aplican meses de treinta días en las liquidaciones de condena, en virtud de una pretendida previsión en este sentido recogida en el Código Penal, al entender que,

«a efectos de la liquidación de condena, los meses son siempre de treinta días y no tienen, por tanto, la duración que cada mes tiene asignada. Esto es así porque para el cómputo de la duración de los meses el propio Código Penal, al regular la duración de las penas en el artículo 30, indica que el arresto menor dura hasta treinta días y el arresto mayor de un mes y un día a seis meses; es decir, que parte de la norma básica de que un mes tiene treinta días de duración para el cómputo de las penas cuya duración se determine por meses»,

la cuestión se complica a la vista del Anteproyecto de Código Penal de 1992 toda vez que en éste ya no se estructuran las penas tomando como base que la pena mínima (arresto menor) tiene una duración de uno a treinta días y que la que la sigue en gravedad (arresto mayor) de un mes y un día a seis meses, de tal forma que parece claro que la pena mínima puede durar hasta un mes de treinta días y la superior de un mes de treinta días más uno —que determina la diferencia respecto de la pena inferior— sino que al introducir un nuevo sistema de clasificación

y duración de las penas ya no podrá inferirse el sistema de cómputo temporal de la extensión de las mismas penas ya que, a diferencia del sistema actual, en que se prevé una pena de hasta treinta días y la que le sigue en gravedad de un mes y un día hasta seis meses, las penas que se prevén en el Anteproyecto de Código Penal se clasifican de la siguiente forma en el artículo 30:

«1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.

2. Son penas graves:

- a) La prisión superior a dos años;
- b) La inhabilitación absoluta;
- c) Las inhabilitaciones especiales de duración superior a tres años;
- d) La suspensión de empleo o cargo público de duración superior a tres años;
- e) La privación del derecho a conducir vehículos de motor por más de seis años;
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares superior a tres años.

3. Son penas menos graves:

- a) La prisión de seis meses a dos años;
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años;
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años;
- d) La privación del derecho a conducir vehículos de motor de un año y un día, a seis años;
- e) La privación del derecho a residir en determinados lugares de seis meses a tres años;
- f) La multa de más de dos meses;
- g) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía;
- h) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

4. Son penas leves:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos de motor de un mes a un año;
- b) La multa de un día a dos meses;
- c) El arresto de uno a seis fines de semana;

5. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal».

Esta variación en la extensión de las penas supone que ya no podrá ampararse la computación de meses de treinta días en las liquidaciones de condena en un supuesto sistema propio previsto en el Código Penal. Entonces ¿De qué precepto del Anteproyecto del Código Penal de 1992 podemos deducir que los meses han de computarse de treinta días?

Resulta evidente que la contestación no puede sino ser negativa ya que en el Anteproyecto no hay ningún precepto que pueda servirnos para encontrar alguna solución satisfactoria. Y, no se encuentra ningún precepto aplicable, sencillamente porque no lo hay, de la misma forma que tampoco lo hay en el actual, pese a que en éste la perspicacia, sentido integrador de los operadores jurídicos y la casualidad de preceptos como el artículo 30 han servido para inventar un sistema de cómputo temporal no previsto por el legislador penal ante la evidencia de que el mismo estaba ya previsto con carácter general en el entonces vigente artículo 7 del Código Civil.

La evolución ya le hemos comentado anteriormente: en el Código Penal no se previó un sistema de cómputo temporal porque en el momento de su entrada en vigor parecía claro que resultaba aplicable el sistema del Código Civil que, en su artículo 7 prevía que los meses habrían de computarse de treinta días; después con la variación del Título Preliminar del Código Civil en el que se establecía un nuevo sistema de cómputo temporal los operadores jurídicos buscaron en el propio Código Penal un sistema de cómputo propio que impidiera la aplicación supletoria del sistema del Código Civil y la fortuna quiso que el Código Penal que, si bien no prevenía tal sistema de cómputo, ofreciese preceptos que permitieran una interpretación continuadora con el sistema suprimido de la computación de meses de treinta días.

La historia se vuelve a repetir ya que, si antes el legislador civil sin comprender el alcance de su obra, obligó a que se trasladase la justificación del sistema de los treinta días desde el Código Civil al Código Penal ahora el legislador penal obliga a que se traslade la justificación del sistema de cómputo desde el Código Penal al Código Civil.

Decimos que se obliga a buscar la justificación dentro del Código Civil porque, ante la evidencia de que el Código Penal carece de un sistema de cómputo temporal propio, habrá que acudir al sistema de cómputo de fecha a fecha previsto en el artículo 5.1 del Código Civil en virtud de lo preceptuado en el artículo 4.3 del mismo Código.

En definitiva, podemos concluir que el Anteproyecto de Código Penal de 1992, probablemente sin pretenderlo, abandona el sistema actual de la computación de meses de treinta días instaurando el sistema de la computación de fecha a fecha previsto en el artículo 5.1 del Código Civil. Sistema que resultará de aplicación al no preverse ningún sistema de computación propio en el Código Penal y por ello aplicable la regla prevista en el artículo 4.3 del Código Civil.

Curiosamente se llega a la solución que en buena técnica jurídica, pese a que en la práctica se encuentre descartada, es la que debiera aplicarse en el sistema vigente. Sin embargo, todavía es tiempo de que el legislador tome conciencia de la importancia de la computación temporal en el ámbito del derecho penal y proceda a su regulación expresa.

En este sentido, de *lege ferenda* proponemos a similitud con lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, la inclusión en el Código Penal de un precepto que establezca que en la liquidación de condena:

«Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes:

1.^a Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días.

2.^a Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días».

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO CASADO, José; Cómputo de tiempo, *Actualidad y Derecho*, n.º 27, 6 al 12 de julio de 1992, pp. 1 a 5.
- ALONSO PRIETO, La prescripción de las faltas en procesos por delito, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 867, pp. 1 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947.
- DÍEZ-PICAZO, en *Estudios de Jurisprudencia Civil*, Tecnos, Madrid, 1966.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1988.
- GÓMEZ BENÍTEZ, Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena, Estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico n.º 3, 1980.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José, La prescripción del delito por paralización del procedimiento, *La Ley*, n.º 3.196, de 12 de febrero de 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1991.
- LEGAZ LACAMBRA, El razonamiento por analogía, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n.º 69, 1983.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Madrid, 1890.
- MARTÍN MARTÍN, El cómputo de tiempo en la prescripción penal, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1.193, págs. 1 y ss.
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Madrid, 1983.

Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena

HERMINIO RAMÓN PADILLA ALBA

Becario de Investigación de Derecho Penal.
Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué pena le corresponde a las eximentes incompletas? Según el art. 9 del Código Penal, «son circunstancias atenuantes: 1.^a Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». Si el art. 9 regula las circunstancias atenuantes («*Son circunstancias atenuantes...*»), y considera como tales a las eximentes incompletas (el mismo art. 9, 1.^a indica en el segundo párrafo que «en los supuestos de *eximente incompleta* en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números») (1), los efectos de atenuación de la responsabilidad criminal deberían hallarse reglados, lógicamente, en el art. 61, en el que se recogen una serie de reglas para graduar la pena según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes. Pero el

(1) A pesar de la declaración legal, las eximentes incompletas no son, en sentido estricto, circunstancias atenuantes, puesto que entre aquéllas y éstas hay diferencias sustanciales que el intérprete debe respetar (el tratamiento sistemático de las eximentes incompletas entre las circunstancias atenuantes nada dice todavía sobre su naturaleza esencial o accidental). En efecto, las circunstancias presuponen un delito cuyos elementos esenciales han sido delimitados previamente, encontrándose las circunstancias en torno a él como variantes accidentales, como verdaderos elementos accidentales del delito. Las eximentes incompletas, por contra, presuponen una alteración, originaria jurídicamente, del propio elemento del delito que venga en consideración (antijuricidad o culpabilidad); son modificaciones valorativas de los elementos del delito, variaciones del marco de valor propio del elemento esencial (Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1982, p. 196).

art. 66 también se refiere a las eximentes incompletas (2) («... cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8, ...»), precepto que se encuentra, igual que el art. 61, dentro del Libro I, Título III, Capítulo IV, Sección 2.^a del Código Penal (reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes). De acuerdo con ello, a las eximentes incompletas les serán de aplicación, en principio, tanto el art. 61 como el 66. ¿Cuál de ellos debe aplicarse? Dado que tanto el art. 9, 1.^a como el 66 recogen el mismo supuesto de hecho (la concurrencia de eximente incompleta), debemos aplicar el art. 66, pues así lo ha querido el legislador al regular expresamente la consecuencia jurídica (pena inferior en uno o dos grados) de dicho supuesto de hecho en un precepto concreto, reconociéndole una eficacia degradatoria (3) superior a la de las restantes circunstancias atenuantes, a las cuales es de aplicación el art. 61 (excepto la atenuante de menor edad (4)). Por lo tanto, las eximentes incompletas se regirán, en orden a la determinación de la pena, por los criterios marcados en el art. 66, precepto que excluye, en consecuencia, la aplicación del régimen general del art. 61.

(2) El art. 66 dispone que «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurririen. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 64». El art. 64, que ha sido derogado por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP, señalaba que «cuando no concurririen todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8.^o del art. 8 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 565». En el art. 8, número 8.^o del CP, se regulaba el caso fortuito (en relación al mismo, por tanto, no cabía apreciar la eximente incompleta) que, tras la reforma hecha por la citada LO 8/1983, se encuentra hoy recogido en el art. 6 *bis b*) del CP, habiendo desaparecido el condicionamiento de la licitud del acto y dejando de ser considerado legalmente como una eximente.

(3) La razón de que una circunstancia que exime de responsabilidad criminal llegue a atenuarla es puesta de manifiesto unánimemente: «la posibilidad de graduación de la responsabilidad criminal que desde su grado de plenitud hasta su inexistencia admite una estimación escalonada: lo que puede no llegar a eximir, puede bastar para disminuir» (Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 128 y CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pp. 22 y ss.).

(4) El art. 9, 3.^a señala que «son circunstancias atenuantes: La de ser el culpable menor de dieciocho años». A pesar de ser considerada legalmente como una circunstancia atenuante, no se aplican las reglas del art. 61 sino que el legislador ha querido otorgarle una atenuación mayor, estableciendo en el art. 65 que se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable.

Cuestión diferente y de gran trascendencia práctica es la de si el Juez o Tribunal puede utilizar, una vez estimada la eximente incompleta y aplicado el art. 66, las reglas contenidas en el art. 61, fijando en atención a las mismas el grado mínimo, medio o máximo de la pena ya rebajada en uno o dos grados (5). A mi juicio, como más adelante se comprobará, el Tribunal queda libre de las reglas del art. 61 a la hora de fijar la extensión de la pena ya rebajada. A pesar de que esta postura ha sido y es defendida por un significativo sector doctrinal (6), no lo ha entendido así el Tribunal Supremo, que ha pasado de una postura que se puede llamar tradicional (compatibilidad de los artículos 66 y 61) a una posición ecléctica (aplicación del art. 61 si el Tribunal rebaja la pena en un grado, mientras que si la rebaja es en dos, en ejercicio de la facultad discrecional concedida por la Ley, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al art. 61).

II. REGULACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LAS EXIMENTES INCOMPLETAS

Sin entrar a analizar cuáles de los supuestos recogidos en el art. 8 admiten su conversión en la circunstancia 1.^a del artículo 9, pues no constituye el objeto de este trabajo (7), la apreciación de una eximente incompleta produce el efecto de rebajar la pena en uno o dos grados (el art. 66 dispone que «*se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley...*»), cosa que no sucede con las atenuantes ordinarias. En efecto, en el caso de que en el hecho concurriera sólo alguna circunstancia atenuante, el Tribunal impondrá la pena en el grado mínimo (art. 61, regla 1.^a) Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy calificada (8) y no concurra agravante alguna, el

(5) El sistema que sigue el Código en general y particularmente, a efectos de lo que nos interesa, en los supuestos en que procede la rebaja o elevación de la pena en uno o más grados (sistema que obedece al criterio seguido por nuestro legislador de métrica penal tasada en la individualización de la pena) conduce, una vez que se ha rebajado o elevado la pena, al sometimiento de la misma a las reglas del art. 61 en orden a la determinación del grado en que haya de aplicarse (Vid. GALLEGU DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena*, Madrid, 1985, p. 412).

(6) Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Tres problemas de reglas de aplicación de penas —dos de ellos referidos a la de reclusión mayor a muerte—», en BARBERO SANTOS y otros, *La pena de muerte, 6 respuestas*, Madrid, 1978, pp. 225 y ss.

(7) Hoy es opinión unánime que todas las eximentes del art. 8, tanto las compuestas de varios requisitos numerados como aquéllas que lo están por una condición única, pueden convertirse en la circunstancia 1.^a del art. 9, a excepción de la minoría de edad (Vid., por todos, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 22 y ss. y GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, cit., pp. 127 y ss.).

(8) La Ley no concreta que ha de entenderse por atenuante muy calificada, indicando MIR PUIG que «se entiende por atenuante muy calificada aquella que se da con una especial intensidad, determinando una particular disminución del injusto, de la cul-

Tribunal *podrá* imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estime conveniente (art. 61, regla 5.^a). Así pues, y a diferencia de lo que sucede cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, la estimación de la eximente incompleta *obliga* al Tribunal a bajar la pena en uno o dos grados, con la particularidad de que la primera rebaja en un grado es siempre imperativa para el Tribunal («*se aplicará* la pena inferior en uno»), mientras que la segunda rebaja en dos es meramente potestativa o discrecional («*o* dos grados»). Consecuentemente con ello, si el Tribunal no rebajara la pena en un grado, podría interponerse recurso de casación por infracción de ley (arts. 847 a 849 de la LECrim). No es susceptible de dicho recurso la no rebaja en dos grados (9), pues en la misma influye el arbitrio judicial, siendo facultativo para el Tribunal rebajar en uno o dos grados (sí es recurrible en casación la calificación y entidad de la circunstancia como eximente incompleta) (10). Ahora bien, como la individualización de la pena integra una actividad discrecional jurídicamente vinculada que, además, debe estar debidamente motivada, son recurribles en casación las sentencias en las que el Tribunal, pudiendo rebajar la pena en dos grados, la rebaje en uno solo sin motivar el por qué de no haberla rebajado en dos (11).

pabilidad o de la punibilidad, según sea su naturaleza» (MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, p. 823, por todos). El Tribunal Supremo entiende por atenuante muy calificada «aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de trato más benévolo en el enjuiciamiento y punición de la conducta del inculpado» —por todas, sentencia de 30 de mayo de 1991 (RA 4007)—. Se trata, por consiguiente, de una característica valorativa que deberá ser apreciada por el Tribunal en el particular caso concreto, sin que ello signifique que su estimación sea materia reservada al arbitrio judicial no discutible en casación (GALLEGO DÍAZ, op. cit., pp. 395 y 396).

(9) La sentencia de 30 de octubre de 1991 (RA 7467) indica que «la rebaja de la pena es obligatoria para el Tribunal, pero el hacerlo en uno o dos grados queda al criterio del Tribunal, estando el mismo vedado a la casación». En el mismo sentido las sentencias, por citar algunas de las más recientes, de 18 de diciembre de 1991 (RA 9496), 26 de febrero, 16 de marzo, 17 de junio, 22 de septiembre y 30 de octubre de 1992 (RA 1347, 2261, 5403, 7214 y 8556).

(10) Así, entre otras muchas, sentencias de 30 de noviembre de 1981 (RA 4457), 2 de julio de 1984 (RA 3770), 26 de junio de 1985 (RA 3066), 29 de octubre de 1986 (RA 5757) y 29 de enero de 1988 (RA 509).

(11) La obligación de los Jueces y Tribunales de motivar las sentencias constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional, elevándose a la categoría de derecho fundamental de la persona, cuya vulneración es susceptible de control jurisdiccional y constitucional. En particular, y en lo que a *los aspectos de subsunción* se refiere, deben motivarse todos los extremos de la sentencia a los que hace alusión el art. 142 LECrim, y aunque a ello no se le asigne un lugar propio en los modelos oficiales de sentencias, debe motivarse también la *individualización de la pena*, auténtico proceso de aplicación del Derecho al que expresamente se refiere el art. 741.2 LECrim. Sin embargo, una línea jurisprudencial constante de orígenes difíciles de determinar y que se ha prolongado hasta época reciente, ha sostenido que en lo que se refiere a la individualización de la pena «los Tribunales disponen de una facultad discrecional privativa y personal no susceptible de ser revisada en casación». La mencionada línea jurispruden-

Las eximentes incompletas constituyen pues, junto a la atenuante de menor edad, el grupo de las *atenuantes privilegiadas*, pues el legislador les ha conferido una eficacia degradatoria superior (pena inferior en uno o dos grados) a la de las restantes circunstancias atenuantes (pena en el grado mínimo), las cuales reciben la denominación, en contraposición, de *ordinarias*.

Como indica LLORCA ORTEGA (12), las atenuantes privilegiadas tienen un origen legal: es el propio Código el que ordena degradar la pena siempre que el sujeto sea menor de 18 años (art. 65) o concorra una eximente incompleta (art. 66) (13); por el contrario, la atenuante muy calificada tiene un origen judicial: es el Juez quien, a través de la sentencia, convierte una atenuante *ordinaria en muy calificada*, al comprobar que la circunstancia en cuestión ha producido un influjo en el ánimo del sujeto superior al normal (más correcto es hablar de que *la circunstancia en cuestión ha alcanzado una intensidad superior a la normal*, lo cual determina una disminución que efectivamente puede ser de la culpabilidad, pero que también puede afectar al injusto o a la punibilidad, pues depende de la naturaleza de la respectiva circunstancia). ¿Puede el Juez o Tribunal, en caso de no apreciar una eximente incompleta, estimar esos mismos hechos como circunstancia atenuante genérica? ¿Y como circunstancia atenuante muy calificada? Si falta alguno de los requisitos esenciales o sustanciales de la correspondiente causa de exención, el Tribunal no podrá ciertamente apreciar la eximente incompleta (art. 9, regla 1.^a), pero sí podrá aplicar la atenuante de análoga significación (art. 9, regla 10.^a, que dispone «y, últimamente, cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores»), en atención a la similar significación de la situación concreta respecto a la de la correspondiente causa de exención incompleta (14). El problema que se presenta es el de si la atenuante de análoga significación podría, en relación a la circunstancia primera del art. 9 y en los casos de ser apreciada

cial se ha visto recientemente puntualizada a través de la importante STS de 25 de febrero de 1989, a través de la cual se hace una llamada a los Tribunales de instancia para que no confundan la discrecionalidad (que consiste en el uso motivado de las facultades de arbitrio) con la arbitrariedad (consistente en la no motivación de las facultades discrecionales), ya que mientras la discrecionalidad es lícita y no revisable en casación, la arbitrariedad se encuentra vetada tanto por la legislación ordinaria como por la Constitución. La no motivación de la elección punitiva convierte el arbitrio en arbitrariedad y a la sentencia en revisable en casación por violación de la concreta regla infringida y de los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Poder Judicial*, n.º 18, Madrid, 1990, pp. 133, 136 y 138).

(12) LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, Valencia, 1990, p. 65.

(13) La eximente incompleta debe ser estimada por el Juez cuando, *concurriendo los requisitos esenciales* de la respectiva eximente, falten los restantes (CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., p. 24).

(14) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 535.

con especial intensidad, producir los efectos de atenuación previstos en el art. 66. La eficacia atenuadora del número 10 del art. 9, independientemente de cuál sea la circunstancia con la que ésta se relaciona, será (ya que el Código no fija la menor distinción al respecto) la misma que la de los restantes párrafos, con la lógica exclusión de las eximentes incompletas y menor edad, para las que sí establece el Código Penal unos efectos propios de carácter privilegiado (15). De acuerdo con esto, si el Tribunal aprecia la circunstancia del número 10 del art. 9, en relación con el número 1 de dicho precepto, los efectos de atenuación se regirán por el art. 61 y no por el art. 66 (16). En concreto: si la atenuante análoga se estima como genérica, se impondrá la pena en el grado mínimo (regla 1.^a del art. 61); ahora bien, la atenuante análoga también puede ser estimada como muy calificada (17), en cuyo caso el Tribunal sí puede imponer la pena inferior en uno o dos grados, pero no por aplicación del art. 66 (que, como ya se ha dicho, es sólo aplicable a las exi-

(15) ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978, p. 58.

(16) Según CÓRDOBA, la aplicación de la atenuante 9, 10.^a en relación a una eximente incompleta no podrá, desde luego, originar la atenuación privilegiada del artículo 66, por la razón de no ser la atenuante del número 1, sino la del 10, la circunstancia estimada (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. I, cit., p. 534). Así lo viene también entendiendo la jurisprudencia —vid., entre otras, sentencias de 8 de febrero y 27 de abril de 1990 (RA 1293 y 3348), 16 de septiembre, 24 de septiembre y 28 de octubre de 1991 (RA 6386, 6566 y 7413)—. Resumiendo la posición jurisprudencial, la sentencia de 18 de mayo de 1993 (RA 4171) indica que «el art. 66 sólo es aplicable a las llamadas *eximentes incompletas*, esto es, cuando la atenuante prevista en el número 1 del art. 9 se aplica en sus propios términos, sin que pueda ser extensible a otros supuestos. La atenuante analógica del número 10 del art. 9 es, en cambio, una atenuante simple, sometida a las reglas del art. 61».

(17) Cualquier circunstancia del art. 9 (y la mixta de parentesco del art. 11 en cuanto atente la responsabilidad) es susceptible de ser estimada como muy calificada, a excepción de la primera (eximentes incompletas) y la tercera (menor edad), pues se trata de circunstancias que ya son consideradas por el propio legislador como muy *calificadas*, en cuanto que las particulares reglas de los artículos 66 y 65 del Código les atribuyen efectos semejantes a los de la regla 5.^a del art. 61 (Cfr. GALLEGÓ DÍAZ, op. cit., pp. 395 y 396 y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, p. 226). Por lo tanto, la atenuante de análoga significación puede perfectamente ser estimada como muy calificada. Y así lo viene entendiendo la jurisprudencia —vid., entre muchas, sentencias de 18 de mayo de 1990 (RA 4183), 11 de octubre y 11 de diciembre de 1991 (RA 7089 y 9139), 15 de septiembre y 5 de octubre de 1992 (RA 7154 y 7728)—, indicando la sentencia de 8 de febrero de 1990 (RA 1296) que «... no puede descartarse en términos generales que una atenuante analógica, cualquiera que sea la circunstancia típica que le sirva de referencia, pueda tener la especial virtualidad que se prevé en la regla 5.^a del artículo 61, toda vez que la propia literalidad de la norma contenida en el número 10 del artículo 9 del Código Penal, en que no se alude a cualquier otra circunstancia *análoga* sino de *análoga significación* que las anteriores, está poniendo de manifiesto que no es cuantitativa sino cualitativa la diferencia que existe entre la circunstancia con que se cierra la enumeración de las atenuantes y las que le preceden, por lo que no sería legítimo, en principio, excluir la posibilidad de estimar aquella como muy calificada —relegándola al puesto de atenuante menor— ni siquiera cuando la análoga significación se establezca en relación con una eximente incompleta».

mentes incompletas) sino por aplicación de la regla 5.^a del art. 61 (18). En todo caso, no debe olvidarse que la rebaja de la pena en uno o dos grados, a pesar de la estimación como atenuante muy calificada, es postestativa del Tribunal y no obligatoria como en el caso de las eximentes incompletas.

Para la aplicación del art. 66 no es necesario *la no concurrencia de agravante alguna*, puesto que el Código no lo exige (19). Pero, ¿se encuentran las eximentes incompletas sometidas a la «compensación racional» establecida para las atenuantes ordinarias por el art. 61, 3.^a del Código Penal? En mi opinión no porque, como he dicho anteriormente, las eximentes incompletas se rigen en cuanto a la determinación de la pena por los criterios del art. 66, excluyéndose la aplicación de las reglas del art. 61 (entre ellas la compensación entre agravantes y atenuantes) (20).

III. CONCURRENCIA DE EXIMENTE INCOMPLETA CON UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE O CON UNA O VARIAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ORDINARIAS

Una vez que el Juez o Tribunal ha aplicado el art. 66, ¿puede aplicar las reglas contenidas en el art. 61 si concurren una circunstancia atenuante o una o varias circunstancias agravantes ordinarias? Supongamos, por ejemplo, que se apreciara una eximente incompleta de trastorno mental transitorio y que, al mismo tiempo, concurriera la agravante de reincidencia. El Tribunal está obligado a bajar la pena, al me-

(18) También se produciría el mismo efecto si concurriera la atenuante de análoga significación con otra circunstancia atenuante genérica —sentencia de 29 de enero de 1990 (RA 522)—.

(19) Si lo pide, como se ha visto, en el caso de dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada. Una constante doctrina jurisprudencial viene señalando para la aplicación del art. 61, 5.^o, en orden a la determinación de la pena, la concurrencia de dos requisitos: uno de carácter *negativo*, que no concorra ninguna circunstancia agravante, y otro *positivo*, que se aprecie una atenuante como muy calificada —vid., por todas, la sentencia de 30 de marzo de 1993 (RA 2937)—.

(20) Señala CÓRDOBA que la regla tercera del art. 61 ha de ser interpretada únicamente en relación a las dos primeras reglas de dicho artículo, es decir, a las circunstancias atenuantes o agravantes ordinarias (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 271). GALLEGO, por su parte, afirma que el amplio arbitrio concedido al Juez en orden a la determinación de la pena en el art. 66 lo desvincula de las reglas del art. 61, obligándole a orientarse en el uso de dicho arbitrio por los criterios de aquel precepto (GALLEGO DÍAZ, op. cit., p. 415). En este sentido, y por todos, ALONSO ÁLAMO, «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», en *CPC*, 1983, pp. 6 y ss. También lo entiende así la jurisprudencia —vid. sentencias de 22 de octubre de 1991 (RA 7339), 22 de abril de 1992 (RA 3180) y 19 de mayo de 1993 (RA 4184)—, indicando esta última que «tal compensación únicamente puede llevarse a cabo entre las agravantes y las atenuantes genéricas y de eficacia ordinaria, pero que ello no cabe cuando de las atenuantes privilegiadas se trata (arts. 65 y 66 del CP)».

nos, en un grado y, discrecionalmente, en dos. Ahora bien, ¿qué sucede con la agravante de reincidencia? Si se aplica el art. 61, 2.º, el Tribunal debe imponer la pena, una vez rebajada en uno o dos grados, en el grado medio o máximo. Pero si dicho precepto no se aplica, el Tribunal tiene absoluta discrecionalidad a la hora de fijar el grado interno de la pena, pudiendo imponerla en el grado mínimo.

Para saber si, aplicado el art. 66, deben entrar en juego las reglas del art. 61, es preciso resolver cuál es el sentido en que debe entenderse el término «grado» a que se refiere la última parte del primer párrafo del art. 66 (21). Para este menester voy a manejar los conceptos de grado-escala y grado-extensión, pues actualmente son aceptados y utilizados por gran parte de la doctrina (22). Y es que aunque el legislador utiliza con confusa terminología la palabra «grado», no deben confundirse ambos conceptos: grado-escala hace referencia a la posición jerárquica que una pena ocupa dentro de las tres escalas graduales del art. 73; grado-extensión alude a cada una de las tres partes, que forman los tres grados (mínimo, medio y máximo), en que el Código divide las penas (art. 78).

Si entendemos que el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 («... imponiéndola en el *grado* que los Tribunales estimaren conveniente, ...») equivale a grado-escala (aquél por el que de entre los dos el Juez se inclina), el arbitrio del Tribunal se reduce a determinar si la rebaja de la pena ha de efectuarse en uno (preceptivo) o dos (facultativo) grados, quedando sometido a las reglas del artículo 61 para fijar el grado (extensión) máximo, medio o mínimo de la pena escogida. A favor de esta interpretación se han pronunciado, entre otros, ARROYO DE LAS HERAS/MUÑOZ CUESTA, CÓRDOBA, LLORCA, QUINTANO RIPOLLÉS y QUINTERO OLIVARES (23).

Si entendemos que dicho *grado* es el grado-extensión (máximo, medio o mínimo), el arbitrio del Tribunal se extiende no sólo a la decisión de si baja uno o dos grados (escala) sino también a la facultad de imponer el grado máximo, medio o mínimo de la pena elegida y, por tanto, no tiene que sujetarse a las reglas del artículo 61. Entre los partidarios de

(21) A CÓRDOBA, indica GIMBERNAT, corresponde el mérito de haber sometido por primera vez a un profundo estudio científico el equívoco contenido del art. 66 (GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 225).

(22) Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 226.

(23) ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Manual de Derecho Penal. Introducción. La ley penal. La pena*, Pamplona, 1986, p. 291; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., p. 34 y *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 301; LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, cit., p. 73; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1966, p. 370 —aunque sólo cita la jurisprudencia que acoge esta interpretación, él mismo es Ponente de la sentencia de 18 de enero de 1965 (RA 47)—; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1989, p. 602. No acoge esta interpretación, a pesar de ser citado errónea y reiteradamente por la doctrina, FERRER SAMA, quien no se pronuncia al respecto sobre este punto (vid. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, T. II, Murcia, 1947, p. 274).

esta teoría podemos mencionar a ANTÓN ONECA, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, GALLEGRO DÍAZ, GIMBERNAT, GONZÁLEZ CUSSAC, C. MIR PUIG, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, ORAA GONZÁLEZ/ORAA GONZÁLEZ, RODRÍGUEZ DEVE-SA/SERRANO GÓMEZ Y RODRÍGUEZ RAMOS (24).

¿Cómo debemos interpretar el término «grado»?

Históricamente, el término «grado» al que se refiere la última parte del párrafo primero del art. 66 equivale a grado-extensión. Como el Tribunal estaba obligado a, en caso de apreciar una eximente incompleta, aplicar la inmediata pena inferior en grado a la señalada por la ley, una vez rebajada la pena en un grado, el Tribunal podía aplicarla, según su prudente arbitrio, en el grado máximo, medio o mínimo, sin tener en cuenta las circunstancias modificativas de la responsabilidad del art. 61. El texto de 1870 amplía la atenuación hasta en dos grados, dejando el resto del precepto igual que en 1848. Y es entonces cuando la doctrina se pregunta si el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 87 (actual 66) debía seguir interpretándose en el sentido que siempre había tenido (grado-extensión), quedando al arbitrio del Tribunal la fijación del grado interno de la pena o, por el contrario, debía interpretarse igual que en el inciso primero de dicho artículo (grado-escala), debiendo entonces aplicarse las reglas del actual art. 61 (25). Según CÓRDOBA (26), el *grado* al que se refiere la última parte del art. 66 equivale en su origen histórico al grado de la pena ya rebajada (grado-extensión). El que se pueda seguir manteniendo esa interpretación tras la modificación produ-

(24) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Madrid, 1986, p. 601; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1990, p. 675; GALLEGRO DÍAZ, op. cit., p. 406; GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 230; GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, cit., p. 228; MIR PUIG, C., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Barcelona, 1986, p. 289; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 469; ORAA GONZÁLEZ, J. y ORAA GONZÁLEZ, M., «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal. Crítica a una reiterada decisión jurisprudencial», en *La Ley*, T. IV, Madrid, 1990, p. 958; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1992, p. 950; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal (Parte General)*, Madrid, 1985, p. 106.

(25) El art. 73 del Código Penal de 1848 establecía que «se aplicará asimismo la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.º, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimen correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurren. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71». El art. 87 del Código de 1870 amplía la atenuación a dos grados («se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley cuando el hecho...»). El art. 66 del texto de 1944 sólo suprime los términos de «siempre que concurriere el mayor número de ellos» y sustituye «correspondiente» por el término (más discrecional) «conveniente» (Cfr. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 29 y 30).

(26) CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 31 y ss.

cida por el Código de 1870 se presenta, al menos, como discutible, ya que si entendiéramos que dicho *grado* equivale también en el Código de 1870 al grado de la pena elegida, deberíamos inducir que el indicado criterio rector (los requisitos concurrentes en su entidad y número) debe jugar tan sólo en el estrecho campo fijado por los márgenes de la pena escogida, pero no en la cuestión más trascendental de si la sanción ha de rebajarse en uno o dos grados, dejándonos el Código, por tanto, desamparados para decidir qué es lo que habría que tener en cuenta para rebajar la pena en uno o dos grados. GIMBERNAT (27), criticando acertadamente, a mi juicio, los argumentos de CÓRDOBA, indica que no hay tal desamparo, ya que en el art. 66, párrafo 1.º, inciso 1.º, se determina el supuesto de hecho (conurrencia de una eximente incompleta) y su consecuencia jurídica (pena inferior en uno o dos grados), bajándose la pena en uno o dos grados según la mayor o menor entidad del supuesto de hecho (la naturaleza más o menos incompleta de la eximente). Si no existiese el inciso 2.º del párrafo 1.º, habría surgido el problema de si, una vez rebajada la pena en uno o dos grados en base al lógico criterio de la mayor o menor entidad del supuesto de hecho, ese mismo criterio seguía teniendo también validez para decidir el grado-extensión o de si, por el contrario, había que acudir a las reglas del art. 61. De esta forma, el criterio para elegir el grado-escala se conoce desde el inciso 1.º; lo que no se conoce hasta el inciso 2.º es cuál es el criterio para fijar el grado-extensión. Por lo tanto, es a este criterio al que lógicamente se tiene que estar refiriendo el inciso 2.º.

Sistemáticamente se ha señalado que, siempre que aparece en el Código Penal la misma frase o una semejante a la del art. 66, se alude sin duda a la facultad de elegir grados de extensión y no a la de descender o ascender grados en la escala (28). Así, en el art. 61, 5.º el término «grado» no ofrece ninguna dificultad interpretativa. El Tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados, y una vez impuesta, fijarla en el grado-extensión que estime pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias. El art. 69 bis (delito continuado) señala que «en estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente...». En este caso está claro que al utilizar el legislador el término «extensión», se refiere al grado máximo, medio o mínimo de la pena superior en grado. Por citar sólo alguno más, el art. 344 ter, párrafo último (alteración o simulación de sustancias medicinales), establece que «en los casos de suma gravedad, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer las penas superiores inmediatas a las antes señaladas, en el grado que estimen conveniente...». Igual que sucede en el art. 69 bis, al no existir arbitrio judicial en el grado-escala (se tiene que imponer

(27) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 229 y ss.

(28) GIMBERNAT citaba como ejemplos, además del art. 61, 5.º, los artículos 61, 4.º y 6.º, 516 y 530, preceptos que han sido modificados o derogados por la LO 8/1983, de 25 de junio (GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 232 a 234).

obligatoriamente la pena superior en grado), es obvio que el término «grado» se refiere al grado-extensión (máximo, medio o mínimo), donde el Tribunal sí puede elegir.

Pero es que además, desde el punto de vista lógico, parece que el término «grado» al que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del art. 66 debe también interpretarse en el sentido de grado-extensión, ya que si desde el primer inciso el Tribunal sabe que está obligado a bajar la pena en un grado y que tiene discrecionalidad para bajarla en dos, sería incoherente volver a indicarle al Tribunal que podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados, pues ello supone una reiteración innecesaria. Lógicamente es más coherente entender que lo que indica es que una vez rebajada la pena en uno o dos grados, el Tribunal tiene absoluta discrecionalidad para fijar el grado máximo, medio o mínimo de la pena, sin tener que sujetarse a las reglas del art. 61. Para GIMBERNAT (29), el término «grado» hay que interpretarlo lógicamente en el sentido de grado-extensión, ya que si un Juez puede lo más (rebajar la pena en dos grados) y puede lo menos (rebajar la pena en un grado), entonces puede también lo que está entre lo más y lo menos, aplicando libremente los grados máximo, medio y mínimo, sin sujeción, por tanto, a las reglas del art. 61. Se trata de que el Tribunal pueda acudir a lo que se ha venido en llamar *penalidad intermedia* (30), indicando la sentencia de 23 de febrero de 1988 (RA 1240) que «lógicamente, la elección debe operar sobre una penalidad representada en línea continua —sin quiebras o vacíos inexplicables— que se corresponda con la gravedad, también ininterrumpida, de las innumerables modalidades y matices con que la conducta criminal puede manifestarse. Resulta inaceptable que, supuesta la concurrencia de una atenuante ordinaria en un homicidio (amén de la eximente incompleta), el Tribunal haya de optar entre el grado mínimo de la prisión mayor y el de la prisión menor, prescindiendo de los grados máximo y medio de ésta. Con tal proceder, será frecuentemente injusto, unas veces por exceso y otras por defecto».

Gramatical y semánticamente el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 tiene, sin lugar a dudas, un significado distinto del que tiene en el primer inciso; de modo que, siendo claro que en el primero alude a la pena o grado-escala, el segundo ha de significar grado de pena o grado-extensión (31).

(29) GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., pp. 234 y 235.

(30) Así, por ejemplo, si interpretamos el término «grado» como grado-escala (por tanto, aplicación de las reglas del art. 61), y partimos de una pena tipo de reclusión menor, la concurrencia de una agravante determina que el Tribunal pueda escoger entre una pena carcelaria de diez años y un día a doce años (grado máximo de la prisión mayor), y otra de cuatro años, dos meses y un día a seis años (grado máximo de la prisión menor), quedándole vedada la zona intermedia (MIR PUIG, *El sistema de penas y su modificación en la reforma penal*, cit., p. 290).

(31) En este sentido ver el interesante análisis lingüístico que del art. 66 hacen ORAA GONZÁLEZ y ORAA GONZÁLEZ, «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal», cit., p. 960.

Desde el punto de vista teleológico, si el Tribunal opta por la rebaja en un grado (opción que es obligada), creo que la finalidad del precepto en estudio es (como hemos podido comprobar al examinar los distintos criterios) que el Tribunal pueda, según estime conveniente y una vez bajada la pena en un grado, aplicarla en el grado máximo, medio o mínimo, sin tener que sujetarse a las reglas del art. 61. Entenderlo de otra forma chocaría, aparte cualquier consideración técnica, con el puro sentido común. Siempre que no ha existido arbitrio en el grado-escala (se tiene que imponer obligatoriamente la pena inferior o superior en grado), el término «grado» ha de referirse necesariamente al grado-extensión, donde el Tribunal sí puede elegir el grado mínimo, medio o máximo de la pena (32). ¿Y si el Tribunal decide imponer la pena inferior en dos grados? A mi juicio, sería un contrasentido dejar al arbitrio judicial lo más (el poder bajar la pena en dos grados) y prohibirle lo menos (que no pudiera fijar el grado en extensión de la pena). No creo que sea la finalidad de este artículo permitir al Tribunal que, en uso de su discrecionalidad, pueda rebajar una pena en dos grados (piénsese, por ejemplo, de reclusión menor —doce años y un día a veinte años- a prisión menor -seis meses y un día a seis años—) y, una vez rebajada, tenga que sujetarse para fijar el grado interno de la pena a las reglas del art. 61; y ello porque, siguiendo con el ejemplo, si el Tribunal ha decidido rebajar la pena de reclusión menor a prisión menor, no tiene sentido que para fijar la extensión del marco penal (seis meses y un día a seis años) tenga que sujetarse a la citadas reglas, cuando en atención a la mayor o menor entidad de la eximente incompleta ya ha rebajado la pena, como mínimo, en seis años y un día. Lo plenamente coherente es que la extensión de la pena la fije según su prudente arbitrio, sin sujeción a dichas reglas, y sí atendiendo al número y entidad de los requisitos que falten o concurran. Discrecionalidad que no hay que confundir con arbitrariedad y, en este sentido, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 introduce en el art. 65 (actual 66) los términos «razonándolo en la sentencia» (expresión que se ha mantenido en los distintos Proyectos de Código Penal). Se trata de que el Tribunal razone el uso de su facultad discrecional, pretendiéndose con ello, como indica C. MIR PUIG (33), reglarla en cierta manera, de tal forma que se pueda acudir al recurso de casación por infracción de ley si tal razonamiento no se hace en absoluto o no se hace sobre los criterios marcados por el legislador en la determinación del grado de pena a imponer. Aunque el presente art. 66 no recoja la citada expresión, la obligación de los Tribunales de motivar las sentencias (34) (incluida la individualización de la pena) constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional elevándose a la categoría de

(32) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 231.

(33) MIR PUIG, *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, cit. p. 335.

(34) Como ya se expuso anteriormente (vid. nota 11).

derecho fundamental de la persona, cuya vulneración es susceptible de control no sólo jurisdiccional (recursos de apelación y casación) sino también constitucional (recurso de amparo).

En suma creo que, desde un punto de vista histórico, sistemático, lógico, gramatical y teleológico, debemos interpretar el término «grado» al que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del art. 66 en el sentido de grado-extensión. Los Tribunales, por consiguiente, no estarán sometidos en la graduación de la pena, una vez ya rebajada, a las reglas del art. 61 del CP (35). No obstante esta afirmación, RODRÍGUEZ DEVESA (36) entiende que parece razonable que los Tribunales puedan orientarse en el uso de su prudente arbitrio por las reglas del art. 61.

IV. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL. CRÍTICA A LA POSTURA ECLÉCTICA

El Tribunal Supremo mantuvo hasta mediados de los años cincuenta la tesis del grado-extensión (37). A partir de esa fecha la jurisprudencia experimentó un cambio notable, acogiendo la tesis del grado-escala (38).

(35) Así lo ha venido entendiendo el legislador en los diversos Proyectos de Código Penal. En el art. 81 del Proyecto de 1980 y en el art. 65 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se faculta al Tribunal para imponer la pena inferior (sólo en un grado en el Proyecto de 1980 y en uno o dos grados en la Propuesta de 1983) en la *extensión* que estime conveniente. El Anteproyecto de 1990 (art. 65) y los Proyectos de 1992 y 1994 (art. 68 en ambos) reproducen con modificaciones irrelevantes el texto de 1983 (el art. 68 introduce la novedad de imponer la pena atendiendo, además de al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren, a las circunstancias personales del autor y, en su caso, a las circunstancias atenuantes o agravantes).

(36) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General*, cit., p. 950.

(37) Sirva de ejemplo la sentencia de 30 de marzo de 1953 (RA 859), la cual señalaba que «... ha de cumplirse lo que dispone el artículo 66 y rebajar la pena del hecho delictivo uno o dos grados, dentro de cuyos límites legales debe fijar la que prudencialmente se estime justa de acuerdo con los requisitos que faltan o concurren de cuantos se exigen para eximir de responsabilidad en cada caso, sin perjuicio de ponderar también el influjo favorable o adverso de cualquier otra circunstancia que coincida, cual ocurre con la agravatoria que antes se nombró».

(38) Así, por citar una entre las muchas que hay, la sentencia de 18 de enero de 1965 (RA 47) decía que «...si bien es cierto que este segundo precepto —se refiere al art. 66 del CP— atribuye a los Tribunales la doble posibilidad de bajar en uno o dos grados la pena base, al concurrir alguna de las circunstancias eximentes incompletas, doble posibilidad de la que el descenso de un grado es imperativa y la de en dos meramente facultativa, y a esta potestad hace mérito el inciso del texto que alude al número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren, dentro pues del plano de los de la circunstancia eximente incompleta, una vez adoptado cualquiera de ambos grados, deben contar dentro de él, que viene a constituir ya una penalidad autónoma, las demás normas que disciplinan la materia de aplicación de penas, contenida en el capítulo tercero, entre ellas también la regla 1.^a del art. 61...».

¿Cuál es hoy la postura del Tribunal Supremo (39)? En la actualidad, aunque hay sentencias en las que nuestro más alto Tribunal se inclina por la compatibilidad de ambos preceptos (40), siendo muy pocas las que defienden la interpretación del grado-extensión (41), la tesis dominante es la postura ecléctica (42).

La sentencia de 27 de febrero de 1991 (RA 1556) recoge las tesis aquí expuestas y esta nueva posición que poco a poco se ha ido abriendo paso en la doctrina del Tribunal Supremo, indicando en su motivo tercero que «...ello es correcto tanto si se sigue la mayoritaria corriente jurisprudencial que atiende a la concurrente aplicación de dichos arts. 66 y 61 en supuestos como el de autos (concurso de eximente incompleta y de circunstancias genéricas) como si se atiende a otra corriente interpretativa que se estima más moderna y progresista al entender que una vez aplicado el art. 66 ya no juegan las reglas del art. 61 diluidas en aquel

(39) Referencias jurisprudenciales anteriores en CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., p. 226; GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 228; ORAA GONZÁLEZ y ORAA GONZÁLEZ, «La compatibilidad de los artículos 66 y 61 del Código Penal», cit., pp. 956 y 957; FELIPI SABORIT, D., «La incompatibilidad del artículo 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas», en *ADPCP*, Madrid, 1990, pp. 1010 y ss.

(40) En este sentido vid., entre otras, las sentencias de 17 y 31 de mayo, 27 de junio y 27 de septiembre de 1988 (RA 3678, 4133, 5371 y 7062), 17 y 30 de marzo, 8 y 29 de abril, 8 de mayo y 3 de junio de 1989 (RA 2686, 2772, 3077, 3572, 4140 y 5020), 20 de marzo, 27 de septiembre y 27 de diciembre de 1990 (RA 2567, 7260 y 10086), 13 de junio de 1991 (RA 4701), 10 de marzo y 4 de noviembre de 1992 (RA 1956 y 8884).

(41) Así, las sentencias de 23 de febrero, 13 y 23 de junio de 1988 (RA 1240, 4706 y 5310), 25 de enero de 1990 (RA 495), 5 y 22 de octubre de 1991 (RA 7005 y 7339), 28 de julio de 1992 (RA 6734), 4 de febrero de 1994 (RA 659). Respecto a la sentencia de 13 de junio de 1988, aunque la jurisprudencia entiende que en la misma se defiende la interpretación del grado-escala —vid., por todas, la sentencia de 14 de abril de 1989—, lo cierto es que en la misma se recoge la tesis contraria («... pudiendo, dentro de la pena resultante imponerla en uno u otro grado atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren —el subrayado es mío—, si bien, la Sentencia de este Tribunal de 27 de marzo de 1985 (RA 2037) haya declarado que, una vez rebajada la pena en uno o dos grados, se deberá observar la normativa contenida en el artículo 61 del Código Penal»).

(42) Vid., entre muchas, las sentencias de 3 y 26 de octubre y 17 de noviembre de 1989 (RA 7546, 7758 y 8665), 22 de noviembre, 3 y 3 de diciembre de 1990 (RA 9072, 9399 y 9400), 13 de febrero, 25 de marzo, 15 de abril y 27 de septiembre de 1991 (RA 1021, 2372, 2790 y 6638), 1 y 8 de abril y 4 de diciembre de 1992 (RA 865, 3125 y 9927), 2 y 9 de marzo, 10 de junio, 2 de julio, 22 de octubre y 23 de noviembre de 1993 (RA 1894, 2163, 4867, 5857, 7944 y 8717) y 11 de marzo de 1994 (RA 2130). Aunque sólo recogen el supuesto en que el Tribunal decide rebajar la pena un grado, aplicando a la pena rebajada las reglas del art. 61 para determinar el grado-extensión de la misma (no plantean si dichas reglas no deberían aplicarse si la rebaja fuera en dos grados), podemos encuadrar las siguientes sentencias en la postura ecléctica (y ello porque, como ya se ha dicho, esta posición es actualmente casi unánime en el Tribunal Supremo): sentencias de 19 de septiembre, 21 y 26 de diciembre de 1990 (RA 7350, 9941 y 10076), 18 de febrero, 5 de noviembre y 4 de diciembre de 1991 (RA 1141, 7951 y 8982), 27 de enero, 27 de febrero, 9 de marzo, 22 de octubre y 22 de diciembre de 1992 (RA 462, 1383, 1804, 8422 y 10475), 21 de mayo de 1993 (RA 4226) y 6 de mayo de 1994 (RA 3615).

marco de mayor discrecionalidad otorgada por el primero de los citados preceptos; *discrecionalidad absoluta que en casos se acepta si se disminuye la pena en dos grados, pero no si sólo se rebaja en un grado en cuyo caso conserva su aplicabilidad subsidiaria el art. 61* (el subrayado es mío)». Ésta es la tercera posición que podemos denominar ecléctica, constituyendo el inicio de esta evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la sentencia de 14 de abril de 1989 (Pte. Moyna Ménguez, RA 3196) (43).

A mi juicio, no creo que esta nueva línea jurisprudencial esté acertadamente encaminada. Sí está claro que la tesis aquí defendida ha influido notablemente en esta postura, en el sentido ya apuntado de que si el Tribunal puede lo más (bajar la pena en dos grados), sería totalmente ilógico prohibirle lo menos (fijar el grado máximo, medio o mínimo de la pena rebajada). Lo que sí es rechazable, en mi opinión, es que la sentencia de 14 de abril de 1989 indique que el término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 vaya referido a la cuestión más trascendental del precepto (la rebaja en uno o dos grados), porque no existen razones para excluir las reglas del art. 61 cuando concurren circunstancias modificativas ordinarias con una eximente incompleta, cuya compatibilidad nadie discute. En efecto, las eximentes incompletas son compatibles con la mayoría de las circunstancias modificativas ordinarias (44), pero no se trata de ver si son compatibles o no, sino de que el Juez determine la pena, en caso de apreciar una eximente incompleta, conforme a lo que le indica el art. 66 del Código Penal. Y lo que pienso que ha quedado meridianamente claro es que existen suficientes y probadas razones históricas, sistemáticas, lógicas, gramaticales y teleológicas para interpretar el término «grado» del inciso segundo del párrafo primero del art. 66 en el sentido de grado-extensión. Consecuentemente, por muy compatibles que sean las susodichas circunstancias con las eximentes incompletas, si la Ley (art. 66) libra al juzgador de la observación y aplicación de las reglas dosimétricas del art. 61 para determinar, si aprecia una eximente incompleta, el grado de la pena, dicho juzgador

(43) Según la misma, «la interpretación más ajustada al sentido de la ley parece coincidir con la doctrina más consolidada de esta Sala (tesis del grado-escala), porque la palabra *grado* ha de venir referida a la cuestión más trascendental del precepto, es decir a la rebaja de la pena, sin que existan razones para excluir las reglas del art. 61 al concurso de eximente incompleta con las circunstancias modificativas ordinarias, cuya compatibilidad nadie discute. Ahora bien, este criterio de sujeción a las reglas dosimétricas del art. 61, de carácter imperativo, debe ceñirse a la rebaja que tiene esta cualidad preceptiva o necesaria, es decir cuando se opta por la pena inferior en un grado; si se elige, empero, la inferior en dos grados, en ejercicio de la facultad discrecional concedida por la Ley, entonces la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al artículo 61; solución ecléctica que evita la grave inconsecuencia de que puedan quedar fuera de la posible elección del Tribunal ciertos tramos de la pena».

(44) Vid. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, cit., pp. 32 y 33.

viene obligado (45) a aplicar la pena inferior en uno o dos grados en la extensión que estime conveniente (sin sujeción, por tanto, a las citadas reglas) (46).

V. CONCURRENCIA DE MÁS DE UNA EXIMENTE INCOMPLETA O DE EXIMENTE INCOMPLETA CON LA ATENUANTE DE MENOR EDAD

Legalmente es perfectamente admisible, en caso de concurrir varios preceptos degradatorios en un mismo supuesto (grado de ejecución del delito y forma de participación), la acumulación de rebajas sobre la pena base del delito (artículos 49 y siguientes del Código Penal) (47). Ahora bien, ¿es posible degradar la pena en uno o dos grados si se estima una eximente incompleta y, a continuación, volver a rebajar la pena en uno o dos grados si concurre en el mismo supuesto otra eximente incompleta o la atenuante privilegiada de menor edad? Según CÓRDOBA, sí cabe la acumulación de rebajas, en el caso de concurrir varias eximentes incompletas, si las mismas se basan en hechos distintos y, por lo tanto,

(45) En atención al principio de legalidad, el art. 1 de la LECrim. establece que «no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, *sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente*».

(46) FELIP I SABORIT reforma la postura ecléctica (lo hace no sólo en relación al art. 66, sino como criterio general), entendiendo que cuando existe una atenuante, se utiliza el art. 61, 1.^a en el marco penal obligatorio para evitar que se le imponga al reo una pena superior al grado mínimo. Cuando se afirma que el Tribunal goza de libertad para elegir el grado-extensión en la pena inferior en dos grados, se está pensando realmente la desaparición del tramo existente entre el grado mínimo de la pena inferior en grado y el grado mínimo de la pena inferior en dos grados, lo que se consigue precisamente concediendo libertad al juzgador en el tramo inferior. Cuando existe una agravante, no tendría ningún sentido exigir la aplicación del art. 61, 2.^a en la pena inferior en grado y la plena discrecionalidad para la inferior en dos grados, pues se obtendría justamente un efecto contrario al perseguido (la pena aplicable sería, o bien la inferior en grado en su grado medio o máximo, o bien la inferior en dos grados en toda su extensión, con lo cual seguiría existiendo un «agujero negro» entre los dos segmentos de la sanción). La solución lógica en este caso es admitir la plena discrecionalidad en la pena inferior en grado y exigir la aplicación del art. 61 en la inferior en dos grados (obligatoriamente, por lo tanto, en su grado medio o máximo). A pesar de ello, cree que respecto a las eximentes incompletas existen razones suficientes para entender que se trata de un caso de exclusión expresa de las cuatro primeras normas del art. 61 (FELIP I SABORIT, «La incompatibilidad del artículo 61 del Código Penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas», cit., pp. 1024 y 1025).

(47) En el caso de concurrir varios preceptos degradatorios, el orden en que han de entrar en juego los mismos es el siguiente: determinación de la pena-base del delito; a continuación se fijará la correspondiente a la forma imperfecta de ejecución; luego, la correspondiente a la participación y, por último, aplicación de las normas contenidas en los artículos 58 y siguientes, caso de concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad (Vid., por todos, GALLEGO DÍAZ, op. cit., pp. 351 y ss.).

compatibles entre sí (48); por el contrario, no cabe la misma cuando dichas eximentes incompletas están basadas en los mismos hechos, en cuyo caso deberá entenderse que tales atenuantes no son compatibles y estimarse, consiguientemente, una sola de ellas (49). Personalmente no veo ninguna dificultad en admitir dicha acumulación, con tal que las eximentes incompletas sean compatibles entre sí. La doctrina jurisprudencial ha venido manteniendo que «de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni deben apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí de forma tal que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras (50)». Este criterio general puede ser aceptado para determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre dos circunstancias (por lo que respecta a este caso, dos eximentes incompletas), si bien, indican COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (51), hay que matizarlo en el sentido de que cuando se alude a «hecho» debiera ser entendido de forma más amplia y omnicompreensiva como «objeto de valoración», que comprende no sólo los hechos en sentido estricto, sino también aquellos móviles, efectos, características, situaciones, datos, etc., de orden psicológico y subjetivo que pueden constituir la génesis de una agravante o atenuante. De esta forma puede afirmarse que si «un objeto de valoración» ya ha sido apreciado para fundamentar una eximente incompleta, no podrá ser nuevamente estimado para fundamentar otra eximente incompleta.

En cuanto a la atenuante de menor edad, con mayor motivo creo que debe admitirse la acumulación, pues no aceptarla sería ir contra la propia lógica de dicha circunstancia atenuante. Si un joven de diecisiete años comete un homicidio y es apreciada al mismo tiempo la eximente incompleta de legítima defensa, el Tribunal disminuirá la pena en uno o dos grados por ser el sujeto activo menor de dieciocho años (art. 65), debiendo luego rebajar nuevamente la pena en uno o dos grados por la eximente incompleta de legítima defensa (art. 66), pudiéndose alcanzar una sanción inferior en dos, tres o incluso cuatro grados a la pena base del delito (de reclusión menor —pena del homicidio— se podría llegar has-

(48) Piénsese, v. gr., en quien se excede en la legítima defensa —n.º 4 del art. 8 en relación al n.º 1 del art. 9—, por la relevante perturbación psíquica sufrida tras la agresión —n.º 1 del art. 8 en relación al n.º 1 del art. 9— (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 303).

(49) Pensemos, v. gr., en el agente de la autoridad que ante la acción de un delincuente hace un uso de la violencia más allá de lo necesario, tanto en defensa personal —n.º 4 del art. 8 en relación al número 1 del art. 9— como para restablecer el orden perturbado —n.º 11 del art. 8 en relación al n.º 1 del art. 9— (CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit., p. 303).

(50) Vid. sentencias, por citar sólo algunas, de 28 de enero de 1989 (RA 601), 16 de marzo de 1990 (RA 2547), 22 de febrero de 1991 (RA 1340), 18 de junio de 1991 (RA 4741), 10 de octubre de 1991 (RA 7053) y 7 de marzo de 1992 (RA 1803).

(51) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 680.

ta la pena de multa —arts. 73 y 74 del CP—). ANTÓN ONECA (52) considera, en cambio, que tanta benevolencia sería excesiva, y que el arbitrio de los jueces para descender uno o dos peldaños en la escala, así como sus facultades para recorrer en toda su extensión la penalidad resultante, son ya suficientes para tener en cuenta la acumulación de motivos atenuantes.

VI. CONCURRENCIA DE EXIMIENTE INCOMPLETA CON DOS O MÁS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES ORDINARIAS O CON UNA SOLA MUY CALIFICADA

Hemos visto que, a mi juicio, cabe acumular los efectos degradatorios en el caso de concurrir en un mismo supuesto más de una eximente incompleta (siempre que sean compatibles entre sí) o ésta y la atenuante privilegiada de menor edad. Pero, ¿sucede lo mismo si concurren junto a la eximente incompleta dos o más circunstancias atenuantes ordinarias o una sola muy calificada? CÓRDOBA, coherentemente con su interpretación del término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 (grado-escala), mantiene que cabe acumular las rebajas de los artículos 66 y 61, 5.^a del Código para determinar la pena aplicable al caso concreto (53). En mi opinión, y dado que mantengo la tesis del grado-extensión, no creo que quepa acumular los efectos degradatorios de ambos preceptos. No sería técnicamente correcto excluir las reglas 1.^a a 4.^a y 7.^a del art. 61 y sí aplicar la regla 5.^a del mismo porque en tal caso se podría (discrecional) modificar el marco legal de la pena (ya rebajada en uno o dos grados por la eximente incompleta) del delito cometido: o bien es de aplicación a las eximentes incompletas el art. 61 en su conjunto o bien dicho precepto no se aplica a las mismas. Puede pensarse, no obstante, que por razones de justicia material debería aplicarse la regla 5.^a del art. 61, pues los resultados que se obtendrían con su aplicación serían más satisfactorios que rechazándola. Pero no debe olvidarse que, de un lado, la concurrencia de una atenuante muy calificada o de dos o más circunstancias ordinarias no obliga al Tribunal a rebajar la pena (carácter *potestativo* de la rebaja) y, de otro, que el Tribunal puede tener en cuenta la atenuante muy calificada o las dos o más circunstancias atenuantes ordinarias rebajando la pena en dos en vez de en un grado (el art. 66, como se ha reiterado, obliga a rebajar la pena en un grado, siendo

(52) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., p. 601.

(53) CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, cit. pp. 303 y 304. También lo entiende así GALLEGU, quien piensa que es lógico que la apreciación de cada una de estas distintas causas de atenuación excepcionales (menor edad, eximente incompleta, atenuante muy calificada) produzca sus particulares efectos, por más que pueda llegarse en algunos supuestos a la imposición de una pena excesivamente beneficiosa (GALLEGU DÍAZ, op. cit., p. 413).

facultativa la rebaja en dos); y dentro de la pena inferior en dos grados, podría igualmente tenerlas en cuenta fijando la pena en el grado mínimo. En todo caso, la atenuante muy calificada o las dos o más circunstancias atenuantes ordinarias deben ser compatibles con la eximente incompleta en los términos ya vistos.

Dado que, a mi parecer, no es posible dicha acumulación, pienso que el principio de culpabilidad podría ser el criterio al que debe atender el Juez o Tribunal a la hora de resolver el conflicto planteado. Sin entrar en la polémica en torno a la crisis de la culpabilidad (54) y tanto si se acepta que la misma es el fundamento de la pena como si no (y dejando a un lado a quienes prescinden de la culpabilidad, para los que el marco penal se determinará de acuerdo con la necesidad, la motivación o la proporcionalidad de pena), lo cierto es que hay un acuerdo generalizado en que debe rechazarse toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de la culpabilidad (la pena debe ser proporcionada a la culpabilidad del sujeto). La gravedad de la culpabilidad por el hecho (55) constituye así el límite a la pena que se le puede imponer al autor por la realización del hecho. En este sentido, la sentencia de 6 de abril de 1990 (Pte. Bacigalupo Zapater, RA 3195) es bastante clarificadora al respecto, indicando que «... el art. 10.1 de la CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, impone un derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho (el subrayado es mío) (56)». Este plantea-

(54) Pues como bien indica BACIGALUPO, «sería erróneo creer que la discusión en torno a la fundamentación de la responsabilidad en la libre determinación del autor tiene tanta trascendencia práctica que quienes nieguen el libre albedrío (como premisa metafísica de la responsabilidad penal) rechacen también las consecuencias que por lo general se vinculan con el principio de culpabilidad (BACIGALUPO ZAPATER, E., «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», en *La Ley*, T. II, Madrid, 1982, p. 936)».

(55) Hoy es doctrina dominante que se parte de una culpabilidad por el hecho (se castiga al individuo por el hecho realizado) y no de una culpabilidad por la disposición o por la conducción de la vida (por todos, STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980, p. 57). En la determinación de la gravedad de la culpabilidad por el hecho el Tribunal deberá considerar, en general: (1) la gravedad de la ilicitud cometida, (2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma y (3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor —vid. sentencias de 24 de junio, 5 de julio y 28 de octubre de 1991 (RA 4799, 5545 y 7398)—.

(56) La STC de 4 de julio de 1991 (RTC 1991, 150) señala que «la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». Como indica ZUGALDÍA, la culpabilidad como límite a la pena aparece así de forma clara en la fórmula del Tribunal Constitucional, pues

miento queda corroborado en el propio Código Penal (art. 66) que, para casos de culpabilidad muy disminuida (v. gr. trastorno mental transitorio incompleto), obliga a los Tribunales a modificar el marco legal de la pena (rebaja en uno o dos grados) para que la gravedad de la pena no supere el límite de la adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor (57).

Pues bien, en el caso de que concurran una eximente incompleta y dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy calificada, el Tribunal está obligado (art. 66) a bajar la pena en uno o (potestativo) dos grados. Si el Tribunal opta sólo por rebajar la pena en un grado y dicha rebaja vulnera el principio de culpabilidad al superar el límite de la gravedad de la culpabilidad del autor, podrá interponerse recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los artículos 5.4 LOPJ y 10.1 CE (58). Si decide rebajar la pena en dos grados, deberá imponerla en el grado (máximo, medio o mínimo) que permita la gravedad de la culpabilidad del autor por el hecho. En el caso de imponer la pena en un *grado* (en concreto: máximo o medio de la pena inferior en dos grados) que supere la medida de la culpabilidad del sujeto, cabrá igualmente recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los citados artículos. Sólo cuando el Tribunal estimase que para mantener la adecuación entre la gravedad de la pena y la de la culpabilidad la pena aplicable debiera ser inferior al grado mínimo de la pena inferior en dos grados, deberá acudir al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia (artículo 2, párrafo segundo, del Código Penal).

VII. CONCLUSIONES FINALES

1. Las eximentes incompletas se rigen, en orden a la determinación de la pena, por los criterios marcados en el art. 66, precepto que obliga al Juez o Tribunal a, en caso de apreciar una eximente incompleta, bajar la pena en un grado, siendo facultativa o discrecional la rebaja en dos.

2. En caso de no apreciar el Juez o Tribunal una eximente incompleta (art. 9, regla 1.^a), podría aplicar la atenuante de análoga significación (art. 9, regla 10.^a), bien como atenuante genérica, bien como atenuante muy calificada.

qué duda cabe que la pena que excede del límite de la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho del autor *no se ha determinado* sobre la base de la culpabilidad del mismo (ZUGALDÍA ESPINAR, «El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de Jurisprudencia*, n.º 3, Madrid, 1992, p. 70).

(57) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», cit., p. 76.

(58) Sentencia de 6 de abril de 1990 (RA 3195).

3. El término «grado» del segundo inciso del párrafo primero del art. 66 equivale histórica, sistemática, lógica, gramatical y teleológicamente a grado-extensión. Los Tribunales, por tanto, no estarán sometidos en la graduación de la pena, una vez ya rebajada, a las reglas del art. 61.

4. El Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que deben aplicarse las reglas del art. 61 cuando la rebaja de la pena es en un grado, mientras que si es en dos, la discrecionalidad se propaga a todo el dispositivo y funciona de modo absoluto, sin vinculación alguna al art. 61.

5. En el caso de concurrir en un mismo supuesto varias eximentes incompletas, cabe la acumulación de rebajas, siempre que las mismas sean compatibles entre sí. También debe admitirse la acumulación si concurren una eximente incompleta y la atenuante privilegiada de menor edad, por la propia lógica de esta circunstancia atenuante.

6. No cabe, en cambio, si concurren una eximente incompleta y dos o más circunstancias atenuantes ordinarias o una sola muy calificada, pues el art. 66 excluye la aplicación de las reglas del art. 61, incluida la 5.^a. El principio de culpabilidad podría ser el criterio al que debe atender el Juez en el momento de determinar la pena, en el sentido de que la gravedad de la pena no puede superar el límite de la gravedad de la culpabilidad del autor.

Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: Situación personal y respuesta social e institucional (*)

CRISTINA CUESTA GOROSTIDI

Máster en Criminología.
Instituto Vasco de Criminología

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Marco teórico. Estado de la cuestión.—2.1. Conceptos generales.—2.1.1. Definición de terrorismo.—2.1.2. Definición de terrorista.—2.1.3. Definición de víctima del terrorismo.—2.2. El terrorismo en el País Vasco.—2.3. Recursos sociales para las víctimas del terrorismo.—2.3.1. Directrices internacionales.—2.3.2. Recursos estatales para las víctimas del terrorismo.—2.3.3. Recursos autonómicos para las víctimas del terrorismo.—2.3.3.1. Comunidad Autónoma del País Vasco.—2.3.3.2. Comunidad Foral de Navarra.—3. Investigación social.—3.1. Fases de trabajo.—3.1.1. Investigación teórica y recopilación de información.—3.1.2. Investigación empírica.—3.2. Objetivos de la investigación. 3.3. Hipótesis de trabajo.—3.4. Metodología y muestra analizada.—3.5. Definición de las variables.—3.6. Técnicas utilizadas.—3.7. Limitaciones.—3.8. Resultados estadísticos.—3.8.1. Situación personal del encuestado.—3.8.2. Intervención institucional y respuesta social.—3.8.3. Relación víctima-victimario.—3.8.4. Análisis de la variable «secuelas sociales».—4. Conclusiones.—5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con esta investigación se pretende estudiar, desde un punto de vista victimológico, la conducta delictiva —no convencional— del terroris-

(*) Este trabajo ha merecido, ex aequo, el Premio «Jean Pinatel» (1994) concedido por el Instituto Vasco de Criminología, y patrocinado por Kutxa-Caja de Guipúzcoa, al mejor trabajo de investigación criminológica del Master Universitario en Criminología.

mo en su consecuencia más gravemente atentatoria contra el derecho a la vida y la integridad física de las personas. Como señala Walter, cualquier definición del terrorismo que vaya más allá de señalar el uso sistemático del asesinato, lesiones y destrucción, o de la amenaza de llevar a cabo tales actos con el fin de lograr unos fines políticos, estará abocada a provocar interminables controversias.

El Estado español, junto a otros países democráticos y no democráticos, ha sufrido y sigue sufriendo en la actualidad delitos de terrorismo de diversa orientación ideológica: nacionalistas (ETA, Comandos Autónomos Anticapitalistas, Terra Lliure, etc.), de respuesta a los anteriores (GAL), de izquierda marxista (GRAPO, etc.), de extrema derecha (Batallón Vasco Español, etc.). Según cómputo realizado por la Asociación Víctimas del Terrorismo, el número de víctimas mortales por delitos de terrorismo contabilizadas en España en el período comprendido entre mayo de 1968 y junio de 1993 inclusive es de 991. Destacan por la gravedad de su victimación ETA y, a gran distancia, el GRAPO.

La Comunidad Autónoma Vasca ha sido testigo directo durante más de veinticinco años de la acción delictiva de varios grupos terroristas de diverso origen e implicaciones ideológicas. Hoy todavía ETA, grupo terrorista vasco, sigue victimizando fuera y dentro de esta comunidad autónoma. La realidad de la violencia y el terrorismo en Euskadi es compleja. No es objeto de esta tesina profundizar en el significado histórico, antropológico, sociológico, etc. del llamado «problema vasco». Se pretende estudiar la victimación que producen grupos terroristas de origen vasco entre los propios vascos, entendiendo por «vasco» todo ciudadano de derecho de la Comunidad Autónoma Vasca.

Principalmente ETA y los Comandos Autónomos Anticapitalistas han convertido al País Vasco, en términos absolutos y relativos, en la comunidad autónoma del estado más castigada por la acción terrorista, con un total de 523 víctimas mortales entre las fechas antes señaladas. La comunidad de Madrid, con 97 víctimas mortales, le sigue a gran distancia. Navarra cuenta con 35 víctimas mortales para el mismo período. Por territorios históricos, Guipúzcoa encabeza la contabilidad de asesinatos con 285.

Erróneamente se podría pensar que la tipología básica de la víctima del terrorismo es la de la víctima inocente, seleccionada a consecuencia de su pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Es cierto que este colectivo cuenta con el mayor número de pérdidas humanas: 453 en todo el estado, y que esta realidad, indudablemente, también merecería ser objeto de una investigación similar a la presente. Pero no podemos olvidar que el número de víctimas civiles, entendiendo por tales las no pertenecientes a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, es también muy importante: 296, de las que 106 se han producido en el territorio histórico de Guipúzcoa por la acción de ETA y los Comandos Autónomos Anticapitalistas.

Este colectivo de víctimas civiles, en su gran mayoría —no se han encontrado datos que nieguen la siguiente afirmación— no se ha mudado a otro lugar de residencia después de haber sido victimizado, contrariamente a lo que ocurre con muchas familias, no todas, pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado víctimas del terrorismo, que normalmente abandonan el País Vasco para retornar a su lugar de origen.

Se estudiará la situación personal en la que se encuentran, (victimación primaria), y la respuesta social e institucional que reciben, (victimación secundaria), las víctimas civiles de la violencia terrorista de ETA y los Comandos Autónomos Anticapitalistas residentes en el territorio histórico de Guipúzcoa. Además es objeto de este trabajo realizar una primera aproximación al conocimiento, opinión y sentimientos que manifiesta la víctima en relación a su victimario.

Se considera especialmente interesante investigar cómo actúa un factor que puede ser calificado de victimógeno, según el concepto de Rodríguez Manzanera: todo aquello que favorece la victimización, en este caso, el hecho de que la víctima resida en un lugar donde una parte minoritaria pero significativa de la población apoya política, social y humanamente a aquellos que le causaron su victimación y donde además los propios victimarios pertenecen mayoritariamente a la misma comunidad de residencia. ¿Cómo incide esta realidad en la situación personal y social de este tipo de víctimas?

En un momento histórico de avance policial y concienciación social respecto al delito —no convencional— del terrorismo, es necesario responder críticamente, desde el propio País Vasco, desde la propia Universidad del País Vasco, a las preguntas de cómo viven y cómo han sido atendidas por la sociedad y las instituciones generales, autonómicas, forales y locales, las víctimas del terrorismo. La Victimología puede así también dar luz al fenómeno terrorista: escuchando y comprendiendo a las víctimas que estos delitos producen. Conocer con seriedad y objetividad las consecuencias del terrorismo es avanzar hacia la auténtica realidad de este fenómeno, parte triste de nuestra propia historia hoy todavía sin resolver.

2. MARCO TEÓRICO. ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1. Conceptos generales

2.1.1. Definición de terrorismo

Como indica Fernández Sánchez, el terrorismo es un fenómeno complejo. Lamarca señala acertadamente que el terror como arma de lu-

cha ha sido constante en la historia de la humanidad y, aunque el terrorismo es un término histórico y político que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario, tal vez pudiéramos acordar que con las características que hoy tiene no se presenta hasta el mundo moderno y, más concretamente, hasta la aparición del Estado liberal.

Según Caro Baroja, los datos que se pueden extraer de la Historia acerca del terror en sí poseen formas muy variadas, producidas por factores muy diferentes.

Parece existir un acuerdo entre los autores en las características básicas de qué se puede entender por terrorismo desde una perspectiva criminológica y contemporánea. Así, tanto las definiciones aportadas por Walter, Fernández Sánchez y Lamarca coinciden en los aspectos fundamentales de lo que puede entenderse por terrorismo, haciendo hincapié no tanto en su génesis como en sus actuaciones y consecuencias. Éstas serían para todos los autores citados los ataques o amenazas discriminados o indiscriminados a la vida o a la seguridad personal; la constitución clandestina de sus organizaciones y el fin político de sus objetivos y sus acciones. En la misma línea apunta el informe de la Comisión internacional sobre la Violencia en el País Vasco, elaborado, entre otros, por Rose.

Independientemente de cuáles sean los fines y el contenido ideológico de los actos criminales, hay que recalcar las consecuencias victimizantes de todo acto terrorista. El pretendido fin, más o menos idealizado, no puede hacernos olvidar sus consecuencias primarias. Como señala Beristain (1985) el héroe piensa que el ideal en favor de los demás vale más que su propia vida y el terrorista opina que su propio ideal vale más que la vida de los demás.

En esta investigación optaremos por el estudio del terrorismo no institucional sino subversivo, entendiendo que desde una perspectiva sociológica, no tanto jurídica, como también apunta Beristain (1984) puede haber varios terrorismos, al menos tres: un terrorismo subversivo, un terrorismo represivo, y un terrorismo legal de los poderes establecidos.

2.1.2. *Definición de terrorista*

Desde un punto de vista victimológico es necesario comprender la realidad del delito como un triángulo en el que en cada uno de sus vértices se asientan realidades íntimamente ligadas y en muchos sentidos complementarias: víctima, victimario y hecho victimizante. La víctima no puede entenderse sin su victimario y viceversa. Entre ambas media un proceso complejo y plural: jurídico, policial, sociológico, político, ético, etc. que configura la realidad del hecho victimizante en sus múlti-

ples facetas. Dar a la víctima el lugar que le corresponde no significa olvidar al victimario. Sencillamente consiste en aprender su realidad con otras lentes, las de la Victimología.

Según apunta Beristain (1985):

«La estructura caracteriológica y axiológica del terrorista debe ser estudiada con (difícil) objetividad por el criminólogo para distinguir científicamente la faceta consciente del heroísmo contra (y junto) la faceta inconsciente del terrorismo. En política criminal, el Consejo de Europa ha formulado repetidamente la necesidad de considerar al terrorista como delincuente común, como autor de delitos no políticos y no convencionales. Y ha condenado la postura de aquellos estados y aquellos políticos que ensalzan como heroísmo hechos que merecen el calificativo de terrorismo.» (p. 404)

Walter apunta con acierto que las generalizaciones sobre la personalidad terrorista tienen sólo una limitada utilidad. Las generalizaciones tienen poca validez porque casi todo depende de las condiciones políticas y sociales en las que se produce el terrorismo, del contexto histórico y cultural, de los fines y características del terror y, por supuesto, de sus víctimas. Sin embargo, no parece descabellado apuntar que la juventud de sus miembros es el único rasgo común a todos los movimientos terroristas, resultando difícil encontrar otros rasgos comunes.

2.1.3. *Definición de víctima del terrorismo*

Neuman (1984) afirma que ha llegado ya el momento de simpatizar con la víctima. Para García Pablos el movimiento victimológico persigue una redefinición global del estatus de la víctima y de las relaciones de ésta con el delincuente, el sistema legal, la sociedad, los poderes públicos, la acción política, económica, social, asistencial, etc. Asistimos a un redescubrimiento apasionante de la víctima como sujeto protagonista del hecho delincuencia, en lo que algunos, como Giménez Salinas, han calificado de tercera vía.

Puede servirnos la definición de víctima y las consideraciones sobre la víctima propuestas por Rodríguez Manzanera, que habla de la víctima como sujeto que padece un daño por culpa propia, ajena o por causa fortuita. Buscando una definición más completa el autor recurre a la de las Naciones Unidas que definieron el término víctima como

«la persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que constituya una violación a la legislación penal nacional, constituya un delito bajo el derecho internacional, que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o

económica. La víctima puede ser un individuo o colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales, y grupos u organizaciones políticas.» (pp. 57-58)

También Rodríguez Manzanera recuerda que en el VII Congreso Internacional de Victimología, Milán (1985), se llegó a la conclusión de dividir a las víctimas en dos grandes grupos: las víctimas de delitos y las de abuso de poder. Se consideró víctima de un delito no sólo al que lo sufre directamente, sino que se incluye además a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimación.

Pero para el estudio que nos ocupa necesitamos profundizar más en la definición de víctima del terrorismo desde las distintas tipologías establecidas por autores que han intentado clasificar a las víctimas. ¿Qué tipo de víctima es la víctima del terrorismo? Rodríguez Manzanera realiza una recopilación de las distintas tipologías de víctimas que se han elaborado. Así, aplicando la clasificación de Mendelsohn, la víctima del terrorismo sería una víctima completamente inocente. Según la de Jiménez de Asúa, que distingue entre víctimas indiferentes y determinadas, la víctima del terrorismo entraría en ambos tipos puesto que puede ser una víctima indiscriminada o discriminada. Para Fattah sería una víctima no participante. Para Gulotta una víctima fungible, no participante, aunque no se haya escogido por azar. Neuman (1985) maneja el concepto de víctimas del terrorismo individuales inocentes y colectivas al igual que Jakovljevic, que diferencia entre víctimas de delitos tipificados por la ley, como la víctima del terrorismo, en contraposición a las víctimas de desastres naturales.

Recogiendo estas aportaciones complementarias podríamos definir a la víctima del terrorismo como *aquella persona física, familiar o dependiente inmediato, que ha sufrido una pérdida o daño o lesión en su persona, su propiedad o sus derechos humanos como resultado de una conducta específica gravemente atentatoria contra la legislación penal nacional e internacional, caracterizándose dicha víctima por ser totalmente inocente, indiferente o determinada, no participante y fungible*. No se puede olvidar además que existe una perspectiva concreta de víctima personal y una perspectiva colectiva. El terrorismo no sólo atenta contra las personas físicas sino que por los efectos de su proyección delictiva atenta contra la colectividad en su conjunto.

2.2. El terrorismo en el País Vasco

La Comunidad Autónoma del País Vasco es la comunidad del estado que más víctimas mortales contabiliza a consecuencia del terrorismo,

con gran diferencia respecto a la segunda en el «ranking»: Madrid. Hay que señalar que es también el País Vasco la procedencia mayoritaria de los victimarios en activo.

En 1986 las autoridades políticas vascas encargaron la realización de un informe sobre la violencia a una comisión internacional, compuesta por profesores de prestigio: Clive Rose, Franco Ferracuti, De Hans Horchem, Peter Janke y Jacques Léaute, encargados de estudiar «desde fuera» y con ojos críticos el problema de la violencia. Son interesantes las recomendaciones que elaboran y el análisis que realizan.

La Comisión defiende que, en contraste con el caso de Irlanda del Norte, no hay en el País Vasco un conflicto religioso, ni existe conflicto entre habitantes vascos y no vascos. Más bien la motivación principal de los autores de la violencia es el nacionalismo. Según estos expertos la violencia en el País Vasco no se origina desde el exterior ni tampoco depende de conexiones internacionales. Es un problema cuyo origen está arraigado en la historia vasca y que los propios vascos deben solucionar. Piensan que ya en 1986 existe la estructura política para alcanzar tal solución, dado el reconocimiento del derecho democrático del País Vasco a una autonomía dentro del Estado español. Existen partidos regionales para expresar y defender el nacionalismo por vías democráticas. Pero estas medidas no pueden ser implantadas plenamente sin la cooperación del Gobierno español, lo que implica un refuerzo de confianza mutua entre Madrid y Vitoria.

Según estos expertos:

«el problema de la violencia y el terrorismo en el País Vasco radica en la incapacidad para adaptarse a las nuevas circunstancias democráticas por parte de aquellos que propugnan y practican la violencia política. Los autores opinan que los métodos terroristas no son válidos ya que, atrapados en su propia espiral de violencia, los terroristas vascos han fracasado en mantenerse al día y asumir las realidades políticas contemporáneas. La preservación de la identidad vasca no puede basarse en una lamentación de errores pasados y en la reiteración de agravios históricos.» (p. 2)

Son numerosos y variados en sus interpretaciones los ensayos, libros de historia y análisis políticos que sobre el llamado «problema vasco» se han escrito. No es objetivo de esta tesina realizar una aproximación a este problema. El informe elaborado por los expertos reúne dos características destacables: la elaboración del mismo desde el distanciamiento de la situación y, lo que es más importante, sus conclusiones coinciden con la opinión mayoritaria de la población del País Vasco, si nos basamos en las elecciones locales, autonómicas, generales y europeas que repetidamente han sido favorables a opciones políticas que no apoyaban la violencia como método de acción.

2.3. Recursos sociales para las víctimas del terrorismo

2.3.1. Directrices internacionales

Como recuerda Fairen, en el espacio internacional europeo ha aparecido el Convenio Europeo sobre la Indemnización a las víctimas de delitos violentos (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1983, convenio número 116). Quizá lo más importante de este convenio es el enfoque que se da al problema: ya no se trata de opciones de las víctimas, sino de una obligación estatal. De su preámbulo (III) destacamos:

«Considerando que por razones de equidad y de solidaridad social, es necesario ocuparse de la situación de las víctimas de delitos intencionales o de violencia que han sufrido lesiones corporales o daños en su salud o de las personas que estaban a cargo de las víctimas fallecidas como consecuencia de tales delitos [...]

«Considerando (IV) que es necesario instaurar o desarrollar regímenes de indemnización de las víctimas por parte del Estado en cuyo territorio se hubieren cometido tales delitos, sobre todo cuando el autor del delito no ha sido identificado o carece de recursos [...]

Este Convenio no ha sido ratificado, aceptado, aprobado o adherido por el Estado español hasta la fecha.

Neuman (1984) comenta que vivimos un tiempo en que no queda duda de que la cantidad de víctimas es mucho mayor a la de delincuentes. Señala que hay que tratar de llamar la atención de la opinión pública y de los organismos internacionales competentes en favor del Derecho de las Víctimas para ser incluido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

En el Primer Simposio de Victimología, celebrado en Jerusalén en septiembre de 1973, se marcan los criterios de compensación a las víctimas. Así se dice que:

«1. Todas las naciones deberían, como cuestión de urgencia, considerar la implantación de sistemas estatales de compensación a las víctimas del delito, así como tratar de alcanzar el máximo de eficacia en la aplicación de los sistemas existentes y los que deberán ser establecidos.

2. Deben emplearse todos los medios al alcance para difundir información sobre los modelos de compensación, y debe estimularse la participación de organismos apropiados —gubernamentales o no— en su instauración.

3. Todos los modelos existentes de compensación deben ser investigados y valorados con miras a extender su aplicación, te-

niendo en cuenta los requerimientos respectivos de las diversas comunidades en las cuales operan.»

En el último Simposio Internacional de Victimología, celebrado en Jerusalén en agosto-septiembre de 1988, se han repensado las coordenadas que se estudiaron en el año 1973 y se han actualizado las cuestiones claves de esta ciencia redescubierta tras tantos siglos de permanecer secuestrada por el Derecho Penal. Los puntos centrales de la Victimología hoy deben ser:

1. La persona y/o institución víctima. Sus rasgos peculiares. Su marginación-secuestro por el sistema penal.
2. La vulnerabilidad. Micro y macrovictimación. Su volumen, su génesis.
3. La prevención para evitar o disminuir la victimación. El paso al acto.
4. La asistencia a las víctimas. El tratamiento posterior a la victimación.
5. Relación de la víctima con el delincuente, con la población, con la policía, con el juez y con el personal penitenciario.

2.3.2. Recursos estatales para las víctimas del terrorismo

En algún sentido las víctimas del terrorismo son unas privilegiadas respecto a la atención que merecen por parte del estado otras víctimas de delitos violentos. Las víctimas del terrorismo son las únicas víctimas protegidas en el ordenamiento español. Esto es así porque esta víctima no recibe una agresión orientada hacia su persona ni hacia sus bienes; es destinataria casual e inocente de un ataque contra el conjunto de la comunidad. Como constata Pulgar ha costado mucho esfuerzo arrancar a la sociedad el mínimo necesario de ayudas materiales para socorrer a las personas afectadas por el terrorismo. Según la misma autora, la actuación indiscriminada del terrorismo sobre toda la ciudadanía es causa del diseño de un marco de protección social que intenta alcanzar en sus diversas modalidades de prestación, tanto en resarcimiento de daños corporales y materiales como pensiones, a todas las personas sin distinción cuando son víctimas de aquellos actos. Estos resarcimientos tienen una naturaleza especial, al asumir la Administración del Estado una responsabilidad por hechos ajenos, no imputables a sus propios servicios, que no tienen más finalidad que paliar, en la medida de lo posible, y en los casos más graves, las consecuencias dañosas sufridas por las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

La legislación específica sobre este tema es:

- artículo 64 Ley 33/1987, de 23 de diciembre.
- nueva redacción del art. 64 por disposición adicional decimosexta de la Ley 4/1990 de 29 de junio.
- Real Decreto 1576/1990 de 7 de diciembre, que desarrolla la anterior en materia de pensiones en el ámbito general de la Seguridad Social.
- Redacción complementaria del art. 64 por la disposición adicional decimonovena de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, sobre daños materiales.
- Real Decreto 673/1992 de 19 de junio, que desarrolla la anterior en materia de resarcimiento por daños con carácter general, tanto corporales como materiales.
- Disposición adicional vigésimo octava de la Ley 31/1991.
- Real Decreto 851/1992 de 10 de julio, que regula las pensiones de Clases Pasivas con alcance general y las extraordinarias por actos de terrorismo.

La acción protectora comprende las siguientes prestaciones:

- Resarcimiento de daños corporales, tanto físicos como psíquicos, incluyendo el fallecimiento.
- Resarcimiento por asistencia sanitaria.
- Resarcimiento de daños materiales ocasionados en la vivienda habitual.
- Pensiones extraordinarias a las personas incluidas en alguno de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, y familiares.
- Pensiones extraordinarias a los funcionarios, jubilados y retirados en el Régimen Especial de Clases Pasivas y familiares.
- Pensiones extraordinarias a los ciudadanos, no protegidos por ningún Régimen Público de Seguridad Social.

Como recuerda Peris, en España no se puede hablar de un Sistema reparatorio a las víctimas del delito, sencillamente porque no existe. Lo único que se puede hallar son tratamientos parcelados de la problemática reparatoria.

2.3.3. Recursos autonómicos para las víctimas del terrorismo

2.3.3.1. COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

Como apunta el informe sobre la violencia realizado por expertos en 1986 haciendo recomendaciones al Gobierno Vasco, *la imagen de las víctimas y sus familiares debe ser conocida por el público*. No se puede culpar a las viudas y a los huérfanos de errores pasados y son

ellos los que sufren las consecuencias directas de las actividades de ETA. Se debe dar publicidad a las manifestaciones públicas del sufrimiento común y posiblemente ofrecer más compensaciones económicas. El Gobierno Vasco debería fomentar simpatías con las víctimas del terrorismo, sean cuales quieran sus orígenes, y especialmente con sus familias.

Destacan los siguientes acuerdos en materia de protección a las víctimas:

— Decreto 221/1988, de 4 de agosto por el que se aprueba el Programa de Ayudas a las víctimas del terrorismo.

— Decreto 298/1988 de 1 de diciembre por el que se establecen normas complementarias para la ejecución del Programa de Ayudas a las víctimas del terrorismo.

— Decreto 121/1989 de 9 de abril por el que se notifica el Programa de Ayudas a las víctimas del terrorismo.

— Decreto 373/1991 de 18 de junio, que derogaba el anterior 221 modificado posteriormente.

— Decreto 330/1993 de 14 de diciembre, actualmente vigente, por el que se regula el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo.

Las medidas que integran las ayudas son las siguientes:

— Asistencia psicopedagógica a alumnos de preescolar y EGB con problemas psicológicos, víctimas, ellas o sus familiares, de actos terroristas.

— Asistencia sanitaria a lesionados física o psíquicamente por actos terroristas. Becas de estudio, ayudas de transporte y comedor. Subvenciones por daños materiales.

— Ayudas a no residentes por gastos de alojamiento y de regreso.

La Oficina de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo es un servicio adscrito a la Dirección de Régimen Jurídico del Departamento de Interior, que ejerce las siguientes funciones según el art. 17 del Decreto 373/1991:

a) Dirigirse a los posibles afectados por actos terroristas, tan pronto haya tenido conocimiento de ellos, al objeto de informarles sobre la existencia del Programa de Ayudas.

b) La tasación y fijación de los daños cuya reparación se solicite a través de los mecanismos administrativo-financieros establecidos en el Programa de Ayudas.

c) La tramitación de los expedientes administrativos de ayuda que se incoen a instancia de las empresas y particulares que hayan sufrido daños en sus bienes.

d) La propuesta de resolución de los expedientes tramitados y su elevación al órgano competente.

e) La Oficina, a través de sus Servicios Técnicos, atenderá cuantas consultas se le planteen sobre cualquier tipo de ayudas que existan en favor de las víctimas del terrorismo cualquiera que sea la Administración Pública o Entidad que las promueva.

f) Cualesquiera otras que se le señalen por el Gobierno Vasco.

El Programa de Ayudas se creó para complementar y cubrir aquellas áreas no cubiertas por el Estado en aquel momento y que fundamentalmente eran los daños materiales.

2.3.3.2. COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

La normativa es la siguiente:

— Decreto Foral 23 de Junio de 1988, n. 189/88.

— Decreto Foral 27 de octubre de 1988 que regula la concesión de ayudas a los afectados por atentados.

Las medidas que integran las ayudas son las siguientes:

— Subvenciones a fondo perdido por los daños ocasionados a bienes muebles o inmuebles que no estuvieran asegurados.

— Asistencia Sanitaria para los no protegidos por cualquier sistema de protección.

— Ayudas para la reparación de la vivienda habitual.

— Becas de estudio y ayuda escolar.

3. INVESTIGACIÓN SOCIAL

3.1. Fases de trabajo

Se ha estructurado el trabajo en dos fases principales de investigación:

3.1.1. *Investigación teórica y recopilación de información*

Se ha realizado una búsqueda de bibliografía y lectura de ensayos, libros y tesis relacionados con el tema del delito terrorista, intentando centrar el marco teórico del estudio en la definición de dicho concepto y en el de la víctima del terrorismo desde un punto de vista victimológico.

También se ha pretendido tener una visión general de la victimación terrorista dentro del Estado español y en particular en la Comunidad Autónoma Vasca, en especial la victimación producida por los grupos de estudio. A este respecto se ha contactado con la Oficina de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo, dependiente de la Consejería de Interior del Gobierno Vasco, con sede en Vitoria, organismo en la que se integró la alumna; con la Asociación Víctimas del Terrorismo con sede en Madrid; con la Oficina de Atención a la Víctima de la violencia y el terrorismo dependiente de las organizaciones sociales Asociación pro Derechos Humanos del País Vasco y Denon Artean-Paz y Reconciliación.

3.1.2. *Investigación empírica*

Terminada la fase anterior, se fijaron los objetivos de la investigación, se acotó la población objeto de estudio, se determinaron unas hipótesis de trabajo a contrastar y se procedió al trabajo de campo.

El método de obtención de la información ha sido la entrevista personal estructurada en base a un cuestionario-guion donde se definen las variables objeto del trabajo.

Las organizaciones antes citadas, en especial la Oficina de Atención a la Víctima de la violencia y el terrorismo, han posibilitado la elección de la muestra. Se ha contactado con las víctimas y se han realizado las 26 entrevistas personales en los locales de dicha oficina.

La fase más laboriosa del trabajo resultó ser la codificación y estudio del contenido de las entrevistas.

Se procedió a continuación al procesamiento de los datos y a su análisis estadístico para, por último, obtener las conclusiones más relevantes.

3.2. **Objetivos de la investigación**

El hecho de ser este trabajo un acercamiento exploratorio al colectivo estudiado ha motivado la elección de unos objetivos bastante ambiciosos que reflejarán una situación general. Reconociendo que cada uno de los objetivos elegidos merece una investigación específica en profundidad, que debe ser continuada en un futuro próximo, se han fijado los siguientes objetivos de estudio:

1. Estudio de la victimación primaria que sufren las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa, examinando sus secuelas psicológicas, situación familiar y posición económica tras el atentado.

2. Estudio de la victimación secundaria que sufren las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa, evaluando el nivel de intervención,

apoyo y asistencia que las instituciones les prestan y la reacción social que se produce en relación a su victimación.

3. Realizar una aproximación a la relación que se establece entre victimario terrorista y víctima del terrorismo respecto a la opinión, sentimientos más destacados, peticiones y predisposición al perdón de esta última.

4. ¿Existe alguna relación entre las «secuelas sociales» que sufre la víctima y su situación personal, la intervención institucional de que es objeto, la reacción social que provoca o la opinión y sentimientos hacia su victimario?

3.3. Hipótesis de trabajo

Con carácter exploratorio se quieren contrastar los siguientes supuestos de partida:

1. Las secuelas psicológicas y «sociales» que sufren las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa alcanzan gran incidencia.

2. La situación económica de las familias de víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa empeora después del atentado.

3. Las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa sufren como factor victimógeno el hecho de residir en un lugar donde parte de la población apoya a sus victimarios.

4. Las ayudas institucionales recibidas por las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa resultan insuficientes.

5. Las víctimas civiles del terrorismo en Guipúzcoa no son indiferentes hacia sus victimarios.

3.4. Metodología y muestra analizada

Se ha limitado el colectivo de estudio a las víctimas civiles, no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La razón de esta decisión es doble: por un lado las familias pertenecientes a estos colectivos, después de sufrir el atentado terrorista, tienden a abandonar su lugar de residencia para volver a su lugar de origen, con lo cual el estudio de una de las variables principales, «secuelas sociológicas», carecería de sentido. Por otro lado se considera que este grupo de víctimas del terrorismo, que deviene en víctima por su pertenencia a determinados colectivos laborales, merece un estudio específico sobre las características victimológicas que presenta.

Se han recogido datos de 26 familiares directos (cónyuges, hijos, padres o hermanos) de víctimas mortales del terrorismo o de afectados directos heridos en atentados de ETA y Comandos Autónomos Anticapitalistas, victimizados y residentes todos ellos en el territorio histórico

de Guipúzcoa. No se han elegido víctimas de otros grupos terroristas que también han actuado en Guipúzcoa (Triple A, Batallón Vasco Español, Iraultza, etc.) por su inferioridad numérica en relación a los grupos terroristas elegidos, y también por el interés que presenta el estudio de un tipo de victimación todavía en activo.

No existiendo un censo de familiares de las 106 víctimas civiles existentes en el período analizado, ni tampoco de los heridos en atentado, la selección de las personas estudiadas en la muestra no se ha realizado de manera aleatoria, sino que ésta se ha efectuado a través de la relación directa o indirecta que las víctimas habían mantenido con la Oficina de Atención a la Víctima de la violencia y el terrorismo, centro ubicado en San Sebastián, donde trabaja en calidad de voluntaria la autora de este trabajo, y dependiente de dos organizaciones sociales: la Asociación pro Derechos Humanos del País Vasco y Denon Artean-Paz y Reconciliación, que han financiado los gastos de esta investigación.

Por razones de tiempo en el desarrollo de la investigación y por la necesidad de acotar la muestra, no se ha tenido en cuenta a todas las víctimas relacionadas con dicha oficina, 46 personas, que cumplían las características antes citadas. Todas las víctimas estudiadas manifestaron una disposición positiva y muy activa a la colaboración.

Se ha optado por la entrevista personal estructurada como instrumento para obtener una información objetiva (edad, sexo, estado civil, etc.) y cualitativa-subjetiva (opiniones, sentimientos, estados de ánimo, valoraciones, etc.) y para mantener una relación distendida y abierta con cada una de las personas entrevistadas. Todas las entrevistas, de un tiempo medio de duración de 50 minutos, se han desarrollado en la citada Oficina de Atención a la Víctima de la violencia y el terrorismo y han sido reproducidas en grabadora.

El cuestionario-guion de la entrevista se ha estructurado en tres grandes apartados:

1. Situación personal.
2. Intervención institucional y respuesta social.
3. Relación víctima-victimario.

Aplicado de forma flexible se ha conseguido que todas las personas entrevistadas contestaran a las preguntas claves de definición de las variables elegidas, pero de una manera abierta, facilitando que la víctima tuviera la oportunidad de expresar todo aquello que quisiera de la manera más libre posible, obteniéndose además un interesante material de estudio para futuras investigaciones.

3.5. Definición de las variables

En el desarrollo de las entrevistas se han introducido preguntas y temas claves de opinión que buscaban repuestas claras a las variables de

la investigación. Estas respuestas eran clasificadas en una serie de valores o categorías que, para la mayoría de las variables, han resultado dicotómicas. En ocasiones, dada la objetividad del hecho medido, esta asignación resultó sencilla. En otras, y dada la naturaleza abierta y cualitativa-subjetiva de la respuesta y comentarios de la víctima, ha resultado más laboriosa.

Todas las personas entrevistadas han contestado a las siguientes variables:

VARIABLES RELACIONADAS CON LA SITUACIÓN PERSONAL DE LA VÍCTIMA

1. *Sexo*: Mujer o Varón.
2. *Edad*: Se diferencia entre más de 30 años y 30 o menos años. Se eligen estos límites en función de la noción reconocida entre juventud y madurez.
3. *Estado civil*: Se ha distinguido entre soltera/o, casada/o y viuda/o.
4. *Lugar de residencia*: Se han establecido dos modalidades: que la víctima resida en la capital de Guipúzcoa o que resida en cualquier otra población perteneciente al mismo territorio histórico.
5. *Tiempo transcurrido desde el atentado*: Más de 5 años o 5 o menos años desde la fecha del atentado. Se establece un límite subjetivo entre las categorías que hace referencia a lo que puede considerarse atentado cercano o más lejano en el tiempo.
6. «*Justificación*» *empleada por los victimarios para su victimación*: Se diferencia a las víctimas respecto a la «justificación» empleada por los victimarios como elemento motivador de su delito entre «tema de la droga», «ser chivato», «error en la acción», «relevancia en el cargo político o laboral» u otras.
7. *Parentesco con la víctima*: Todas las personas entrevistadas son víctimas heridas directamente en un atentado o familiares directos de víctimas mortales en atentados terroristas. En este último caso la relación familiar puede ser la de cónyuge, hermano o hermana, hijo o hija, madre o padre.
8. *Secuelas físicas*: Se considera que una víctima presentaba secuelas físicas si se encuentra incapacitada laboralmente, de manera permanente, a consecuencia de las lesiones sufridas en el atentado terrorista.
9. *Secuelas psicológicas*: Se considera que una víctima presenta secuelas psicológicas si, de una manera permanente, ha recibido tratamiento psicológico o psiquiátrico por síntomas prolongados de estrés, depresión, ansiedad, trastornos del sueño, etc.

10. *Situación familiar*: Se pretende medir si la familia se siente más o menos estructurada, unida, cohesionada, solidaria.

11. *Situación económica*: Se pregunta a las víctimas por la situación económica en la que quedaron después de producida su victimación; si piensan que sus posibilidades económicas se vieron afectadas sensiblemente o no.

VARIABLES RELACIONADAS CON LA INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL Y LA RESPUESTA SOCIAL

12. *Obtención de indemnización del Gobierno central*: Se pregunta a la víctima si ha recibido indemnización del Gobierno central.

13. *Obtención de pensión extraordinaria del Gobierno central*: Se pregunta a la víctima si disfruta de pensión extraordinaria.

14. *Tiempo transcurrido hasta el cobro de la pensión*: Se establece un límite subjetivo, menos de un año o más de un año, a partir del cual se considera excesivo el tiempo de cobro.

15. *Otros apoyos especializados*: Se pregunta a la víctima si ha recibido de la administración central algún apoyo o atención de servicios específicos para víctimas del terrorismo.

16. *Obtención de ayuda económica*: Se pregunta a la víctima si ha recibido apoyo económico del Gobierno Vasco.

17. *Obtención de ayudas específicas o especializadas*: Se pregunta a la víctima si ha recibido algún tipo de ayuda psicológica, pedagógica, asistencial, etc. del Gobierno Vasco.

18. *Obtención de otras ayudas*: Se pregunta a la víctima si ha recibido algún otro tipo de información o atención del Gobierno Vasco en relación directa con su victimación.

19. *Obtención de ayudas de la Diputación Foral de Guipúzcoa*: Se pregunta a la víctima si ha recibido algún tipo de ayuda, asesoramiento, apoyo, prestación, etc., proveniente de la Diputación Foral de Guipúzcoa.

20. *Obtención de ayudas del Ayuntamiento de su localidad*: Se pregunta a la víctima si ha recibido algún tipo de información, apoyo, ayuda, etc. de su Ayuntamiento.

21. *Situación vecinal*: Se valora la reacción de la comunidad de vecinos del entorno más cercano después del atentado, y si la víctima tiene una buena o mala impresión al respecto.

22. *«Secuelas sociales»*: Se utiliza este concepto en el desarrollo de la investigación si, como consecuencia de su situación de víctima del terrorismo, ha sufrido además algún tipo de discriminación por parte del entorno social: insultos, pintadas alusivas a su victimación, empeoramiento notable de las actitudes (dejar de hablarle, retirarle el saludo, etc.); sentirse estigmatizada de alguna manera en razón de su víctima-

ción; haber tenido que enfrentarse a las personas que apoyan a los victimarios; o si a causa de su victimación, y por la respuesta del entorno social, ha tenido que cambiarse de domicilio, bien dentro de la misma población o a otra población distinta. Se elige el término secuela dada la gran intensidad emocional y las consecuencias personales que sufre la víctima que padece este factor victimógeno. Se ha tenido muy en cuenta que, como apunta Pínatel, el aislamiento social de la víctima favorece la acción del delincuente.

23. *Apoyo recibido de instituciones sociales privadas*: Se pregunta a la víctima si ha recibido algún tipo de información o apoyo proveniente de organizaciones sociales privadas y de cuáles.

VARIABLES RELACIONADAS CON LA VINCULACIÓN VÍCTIMA-VICTIMARIO

24. *Conocimiento de la identidad del agresor*: Se pregunta a la víctima si conoce la identidad de las personas involucradas en el atentado sufrido.

25. *Medio de conocimiento e información de las circunstancias policiales y judiciales de su victimación*: Se pregunta a la víctima cómo tuvo conocimiento de la identidad de los autores y circunstancias de su victimación.

26. *Preferencia de la vía de conocimiento de los autores del atentado y circunstancias de la victimación*: Se pregunta a la víctima si le hubiera gustado conocer estos hechos a través de medios judiciales y policiales.

27. *Deseo de comunicación con los victimarios*: Se pregunta a la víctima si le gustaría tener la posibilidad de hablar a sus agresores.

28. *Sentimiento de la víctima hacia el agresor*: Se pregunta a la víctima cuál es el sentimiento más intenso que experimenta hacia sus victimarios.

29. *Significado de la palabra perdón*: Se realiza una aproximación al tema del perdón, dada la gran complejidad, subjetivismo y carga emocional del tema. Se pregunta a la víctima, sin ahondar más, si la palabra perdón tiene algún significado para ella. Se realiza una valoración general entre un claro sí, un claro no y una actitud de duda ante el término.

30. *Requerimiento de la víctima hacia su victimario*: Se pregunta a la víctima qué pide principalmente a su victimario.

31. *Opinión sobre la reinserción de victimarios terroristas*: Se pregunta a la víctima cuál es su opinión sobre la reinserción de sus victimarios, sin entrar a definir el término de reinserción, según lo que saben principalmente a través de los medios de comunicación.

3.6. Técnicas utilizadas

Una vez realizado el trabajo de campo y codificadas las respuestas se procedió, con la asistencia de personal cualificado, al procesamiento

de la información utilizando el programa SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*) en su versión para ordenadores personales.

Se efectuaron análisis descriptivos de frecuencias para obtener tablas univariantes de presentación de los resultados obtenidos para cada variable en la muestra.

Por último, se elaboraron tablas bivariantes para realizar un análisis de independencia entre la variable principal (padecer «secuelas sociales») y el resto de variables principales. Dado el reducido tamaño de la muestra sólo se pudo efectuar éste sobre las tablas que presentaban dos categorías en cada par de variables analizadas. El procedimiento se basó en el denominado Test Exacto de Fisher, más exacto y con menos restricciones que el clásico análisis de independencia chi-cuadrado cuando el tamaño de la muestra y las frecuencias esperadas en los cruces resultan pequeñas.

3.7. Limitaciones

Antes de presentar los resultados, se ha considerado oportuno hacer referencia a las limitaciones encontradas en el transcurso de la investigación.

En primer lugar, la especificidad del tema (víctimas civiles del terrorismo residentes en el territorio histórico de Guipúzcoa y victimizadas por dos grupos terroristas determinados) ha hecho difícil encontrar estudios y trabajos de apoyo y referencia, siendo éstos sumamente escasos. Desde una perspectiva más general, la aportación de estudios victimológicos sobre las víctimas de delitos terroristas que ayudaran a comprender el fenómeno de victimación estudiado también adolece de la misma carencia.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que el número de heridos y de familiares directos de las víctimas mortales civiles residentes en Guipúzcoa no se ha calculado hasta la fecha, en esta investigación se ha realizado una aproximación al problema estudiado, de la que se extraen conclusiones orientativas respecto a la situación personal, intervención institucional, respuesta social y relación víctima-victimario de este colectivo.

El trato previo que se había mantenido con la mayoría de las personas entrevistadas por parte de la investigadora-entrevistadora puede tener una doble valoración: facilidad para acceder a información muy subjetiva pero también la posible influencia o sesgo en las respuestas y valoraciones, dado que con anterioridad se habían tratado determinados temas, más allá de la participación de la entrevistadora de una forma activa en el instrumento de observación. La pertenencia de la investigadora al colectivo estudiado puede tener una doble valoración: la motivación personal en la búsqueda de las conclusiones y la carga de subjetivismo que inconscientemente puede impregnar a la investigación, a pesar de la voluntad de que esta limitación no exista.

3.8. Resultados estadísticos

3.8.1. Situación personal del encuestado

Como puede apreciarse en la tabla I, la realidad del estudio de las víctimas investigadas respecto a su situación personal presenta, como rasgos más destacados, las siguientes tendencias:

- Un elevado índice (65%) de secuelas psicológicas.
- Una situación familiar mayoritariamente más estructurada a consecuencia del atentado (69% de las víctimas). Es bastante significativo el 19% de casos en los que la situación familiar se ha desestructurado después del atentado.
- Una situación económica que mayoritariamente, 65% de los casos, empeora tras el atentado. Sólomente un 7% de los casos mejoran su situación económica, presumiblemente por las ayudas recibidas.
- Prácticamente un cuarto de la muestra estudiada (23%) fueron victimizadas por «error».

TABLA I: SITUACIÓN PERSONAL DEL ENCUESTADO/A

SEXO	Varón	6	23,1%
	Mujer	20	76,9%
EDAD	Más de 30 años	23	88,5%
	30 ó menos años	3	11,5%
ESTADO CIVIL	Soltero/a	6	23,1%
	Casada/o	9	34,6%
	Viudo/a	11	42,3%
LUGAR DE RESIDENCIA	Pueblo	12	46,2%
	Ciudad, capital	14	53,8%
TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE EL ATENTADO	Más de 5 años	19	73,1%
	5 ó menos años	7	26,9%
«JUSTIFICACIÓN» QUE EL GRUPO TERRORISTA DIO AL ATENTADO	Droga	6	23,1%
	Error	6	23,1%
	Relevancia	6	23,1%
	Chivato	2	7,7%
	Otras	6	23,1%
PARENTESCO CON LA VÍCTIMA	Ella, él mismo	2	7,7%
	Esposa	9	34,6%
	Madre	5	19,2%
	Hija/o	6	23,1%
	Hermano	4	15,4%
PADECE SECUELAS FÍSICAS A CONSECUENCIA DEL ATENTADO	Sí	2	7,7%
	No	24	92,3%
PADECE SECUELAS PSICOLÓGICAS A CONSECUENCIA DEL ATENTADO	Sí	17	65,4%
	No	9	34,6%
DESPUÉS DEL ATENTADO LA SITUACIÓN FAMILIAR ES	Más estructurada	18	69,2%
	Menos estructurada	5	19,2%
	Igual	3	11,5%
DESPUÉS DEL ATENTADO LA SITUACIÓN ECONÓMICA ES	Peor	17	65,4%
	Mejor	2	7,7%
	Igual	7	26,9%

3.8.2. *Intervención institucional y respuesta social*

La intervención institucional y social recibida por las víctimas entrevistadas, reflejada en la tabla II, presenta como rasgos más destacados las siguientes tendencias:

— Mayoritariamente, en un 84%, las víctimas han recibido indemnización del gobierno central.

— Han recibido esta ayuda económica en un tiempo relativamente breve: menos de un año en el 80% de los casos.

— La pensión extraordinaria reconocida por la ley, la han cobrado menos de la mitad (el 38%) de las personas entrevistadas, dadas las condiciones más restrictivas respecto a la indemnización impuestas por la administración central.

— El 96% de los casos no ha recibido ninguna otra ayuda psicológica, pedagógica, asistencial, etc., proveniente del gobierno central.

— El 100% de las personas estudiadas no ha recibido ayuda económica proveniente del Gobierno Vasco.

— El 100% de las personas estudiadas no ha recibido ayuda psicológica, pedagógica o asistencial especializada proveniente del Gobierno Vasco.

— El 84% de las personas estudiadas no ha recibido ningún otro tipo de ayuda proveniente del Gobierno Vasco.

— El 96% de las víctimas estudiadas no ha recibido ningún tipo de ayuda, asesoramiento, apoyo, prestación, etc., de la Diputación Foral de Guipúzcoa.

— El 100% de las víctimas estudiadas no ha recibido ningún tipo de ayuda, asesoramiento, apoyo, prestación, etc. de su Ayuntamiento correspondiente.

— Se reparten casi equitativamente la buena y la mala impresión que la víctima tiene respecto a la respuesta de su entorno vecinal tras el atentado.

— Una mayoría de las víctimas, el 73%, padece «secuelas sociales» a consecuencia del atentado.

— El 76% de las víctimas estudiadas ha recibido algún tipo de ayuda, asesoramiento, apoyo, tramitación, etc., provenientes de dos organizaciones sociales privadas: la Oficina de Atención a la Víctima de la Violencia y el Terrorismo (San Sebastián) y la Asociación de Víctimas del Terrorismo (Madrid), no habiendo recibido ningún apoyo de instituciones relacionadas con la Iglesia.

TABLA II: INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL Y RESPUESTA SOCIAL

HA RECIBIDO INDEMNIZACIÓN DEL GOBIERNO CENTRAL	Sí	22	84,6%
	No	4	15,4%
TIEMPO APROXIMADO QUE TARDÓ EN COBRAR LA INDEMNIZACIÓN DEL GOBIERNO CENTRAL	Nunca	4	15,4%
	Más de un año	1	3,8%
	Un año o menos	21	80,8%
HA COBRADO PENSIÓN EXTRAORDINARIA DEL GOBIERNO CENTRAL	Sí	10	38,5%
	No	16	61,5%
HA RECIBIDO ALGÚN OTRO TIPO DE APOYO ESPECIALIZADO O ATENCIÓN DEL GOBIERNO CENTRAL	Sí	1	3,8%
	No	25	96,2%
HA RECIBIDO AYUDA ECONÓMICA DEL GOBIERNO VASCO	Sí	0	0,0%
	No	26	100,0%
HA RECIBIDO OTRAS AYUDAS: PSICOLÓGICAS, PEDAGÓGICAS, ASISTENCIALES ESPECIALIZADAS DEL GOBIERNO VASCO	Sí	0	0,0%
	No	26	100,0%
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA DEL GOBIERNO VASCO	Sí	4	15,4%
	No	22	84,6%
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA, ASESORAMIENTO, APOYO, PRESTACIÓN... DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA	Sí	1	3,8%
	No	25	96,2%
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA, ASESORAMIENTO, APOYO, PRESTACIÓN... DE SU AYUNTAMIENTO	Sí	0	0,0%
	No	26	100,0%
DESPUÉS DEL ATENTADO LA RESPUESTA VECINAL LE CAUSA	Buena impresión	15	57,7%
	Mala impresión	11	42,3%
PADECE «SECUELAS SOCIALES» A CONSECUENCIA DEL ATENTADO	Sí	19	73,1%
	No	7	26,9%
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA, ASESORAMIENTO, APOYO, TRAMITACIÓN... DE ORGANIZACIONES SOCIALES PRIVADAS	Sí	20	76,9%
	No	6	23,1%

3.8.3. *Relación víctima-victimario*

La tabla III recoge los datos del estudio de aproximación a la relación que se establece entre víctima y victimario, en el que destacan por su importancia las siguientes tendencias:

— El 73% de las víctimas encuestadas tienen conocimiento de la identidad y circunstancias de las personas que participaron en el atentado.

— El medio por el cual se han enterado de la identidad de los mismos se reparte de la siguiente manera: 34% a través de los medios de comunicación, 26% a través del Ministerio del Interior, 7% a través del Ministerio de Justicia y un 3% a través de las asociaciones privadas antes citadas. Un 26% manifiesta no tener conocimiento de la identidad y circunstancias de sus agresores.

— A un 80% de los casos estudiados le hubiera gustado conocer la identidad y circunstancias de sus agresores por vía judicial o policial.

— Al 73% de las víctimas le gustaría tener la posibilidad de hablar a sus agresores.

— El sentimiento más fuerte que manifiesta la víctima respecto a sus agresores se reparte de la siguiente manera: 34% odio y rabia, 34% impotencia, 26% tristeza y 3% nada.

— A la pregunta de si la palabra perdón tiene algún significado, el 57% no sabe o no quiere contestar, el 23% responde afirmativamente y el 19% negativamente.

— Teniendo en cuenta que mayoritariamente las víctimas solicitan a las instituciones compensación económica, la petición principal a los victimarios se reparte de la siguiente manera: deseo de perdón en la mitad de los encuestados, cumplimiento íntegro de la condena en el 23% de los casos, que dejen de matar lo piden el 7% y, por último, el 19% no les pide nada.

— La opinión sobre la reinserción de presos terroristas es favorable en un 35% de los casos y desfavorable para el 65% restante.

TABLA III: RELACIÓN VÍCTIMA-VICTIMARIO

TIENE CONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DE SUS AGRESORES	Sí	19	73.1%
	No	7	26.9%
SE HA ENTERADO DE LA IDENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DE SUS AGRESORES A TRAVÉS DE	No me he enterado	7	26.9%
	Medios de comunic.	9	34.6%
	Interior	7	26.9%
	Justicia	2	7.7%
	Asociaciones	1	3.8%
LE HUBIERA GUSTADO CONOCER LA IDENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DE SUS AGRESORES POR VÍAS JUDICIALES O POLICIALES	Sí	21	80.8%
	No	5	19.2%
LE HUBIERA GUSTADO TENER LA POSIBILIDAD DE HABLAR A SUS AGRESORES	Sí	19	73.1%
	No	7	26.9%
SENTIMIENTO, MÁS FUERTE QUE OTROS, QUE LE PRODUCEN SUS AGRESORES	Nada	1	3.8%
	Odio, rabia	9	34.6%
	Impotencia	9	34.6%
	Tristeza	7	26.9%
LA PALABRA PERDÓN TIENE ALGÚN SIGNIFICADO	Sí	6	23.1%
	No	5	19.2%
	NS/NC	15	57.7%
PIDE PRIORITARIAMENTE A SUS AGRESORES	Que me pidan perdón	13	50.0%
	Que no maten más	2	7.7%
	Nada	5	19.2%
	Condena completa	6	23.1%
LA REINSERCIÓN DE PRESOS TERRORISTAS LE PARECE	Mal	17	65.4%
	Bien	9	34.6%

3.8.4. Estudio de la variable «secuelas sociales»

Para realizar este análisis se crearon tablas de doble entrada cruzando la variable «secuelas sociales» con el resto de variables principales dicotómicas. Los resultados de este proceso se presentan en la tabla IV.

TABLA IV: RELACIÓN DE LAS SECUELAS SOCIALES CON OTRAS VARIABLES DE INTERÉS

		PADECE «SECUELAS SOCIALES»	
		Sí	No
SEXO	Varón	4	2
	Mujer	15	5
EDAD	Más de 30 años	17	6
	30 ó menos años	2	1
LUGAR DE RESIDENCIA	Pueblo	9	3
	Ciudad, capital	10	4
TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE EL ATENTADO	Más de 5 años	12	7
	5 ó menos años	7	0
PADECE SECUELAS PSICOLÓGICAS A CONSECUENCIA DEL ATENTADO (p = 0.02828)	Sí	15	2
	No	4	5
HA RECIBIDO INDEMNIZACIÓN DEL GOBIERNO CENTRAL	Sí	16	6
	No	3	1
HA COBRADO PENSIÓN EXTRAORDINARIA DEL GOBIERNO CENTRAL	Sí	8	2
	No	11	5
HA RECIBIDO ALGÚN OTRO TIPO DE APOYO ESPECIALIZADO O ATENCIÓN DEL GOBIERNO CENTRAL	Sí	1	0
	No	18	7
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA DEL GOBIERNO VASCO	Sí	4	0
	No	15	7
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA. ASESORAMIENTO, APOYO, PRESTACIÓN... DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA	Sí	1	0
	No	18	7
DESPUÉS DEL ATENTADO LA RESPUESTA VECINAL LE CAUSA	Buena impresión	10	5
	Malá impresión	9	2
HA RECIBIDO ALGÚN TIPO DE AYUDA. ASESORAMIENTO, APOYO, TRAMITACIÓN... DE ORGANIZACIONES SOCIALES PRIVADAS	Sí	16	4
	No	3	3
TIENE CONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DE SUS AGRESORES	Sí	14	5
	No	5	2
LE HUBIERA GUSTADO CONOCER LA IDENTIDAD Y CIRCUNSTANCIAS DE SUS AGRESORES POR VÍAS JUDICIALES O POLICIALES	Sí	14	7
	No	5	0
LE HUBIERA GUSTADO TENER LA POSIBILIDAD DE HABLAR A SUS AGRESORES	Sí	14	5
	No	5	2
LA REINSECCIÓN DE PRESOS TERRORISTAS LE PARECE	Mal	14	3
	Bien	5	4
TOTAL		19	7

Un análisis de independencia-asociación realizado en todos los cruces en base al denominado Test Exacto de Fisher arrojó resultados significativos al 5% únicamente en el cruce de las variables «secuelas sociales» y secuelas psicológicas ($p = 0.02828$).

Podemos por tanto afirmar que, de entre las víctimas que padecen secuelas sociales, son proporcionalmente más numerosas las víctimas que también padecen secuelas psicológicas y, viceversa, de entre las víctimas que no padecen secuelas psicológicas, son proporcionalmente más numerosas las víctimas que no padecen tampoco secuelas sociales. Padecer secuelas psicológicas está asociado a padecer también secuelas sociales.

Para el resto de cruces de la tabla IV no se puede rechazar la independencia de variables. Es decir, padecer secuelas sociales no está significativamente asociado con ninguna categoría del resto de variables estudiadas.

4. CONCLUSIONES

Las víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa estudiadas en la investigación presentan mayoritariamente el siguiente perfil victimológico:

1. Sufren un elevado índice de secuelas psicológicas a consecuencia de su victimación.
2. Basan en la familia su apoyo para la recuperación, siendo el apoyo institucional y social muy deficientes.
3. Han empeorado considerablemente su situación económica a consecuencia del atentado. Esta situación no se ve normalizada con las ayudas institucionales recibidas.
4. Han recibido como única ayuda institucional de oficio, en un plazo razonable y sin demasiadas trabas burocráticas, la concesión de indemnizaciones por parte del Gobierno del Estado.
5. No han recibido ningún tipo de apoyo económico o de ayudas psicológicas, pedagógicas, asistenciales, etc. provenientes del Gobierno Vasco. La mayoría de las víctimas encuestadas se sienten especialmente dolidas ante esta desatención.
6. No han recibido ningún tipo de ayuda de la Diputación Foral de Guipúzcoa en relación a su victimación.
7. No han recibido ningún tipo de ayuda de sus correspondientes Ayuntamientos en relación a su victimación.
8. No han recibido ningún tipo de apoyo, asesoramiento, atención, etc., ni de las instituciones eclesiales ni de organizaciones sociales excepto de la Oficina de Atención a la Víctima de la violencia y el terrorismo y de la Asociación Víctimas del Terrorismo.

9. A pesar de la inexistencia de información policial y judicial sobre el estado de las investigaciones policiales o el proceso judicial iniciado en relación a su victimación, tienen conocimiento de la identidad de sus victimarios, siendo los medios de comunicación el cauce más frecuente de información.

10. Desearían conocer la identidad y circunstancias de sus victimarios, preferentemente a través de instancias judiciales o policiales.

11. Desearían hablar con sus victimarios.

12. Manifiestan unos sentimientos hacia sus victimarios repartidos equitativamente entre la impotencia, la rabia y el odio, y la tristeza.

13. Demandan a sus victimarios que les pidan perdón antes de definirse personalmente sobre su disposición al perdón.

14. Mantienen una opinión negativa respecto a la reinserción de sus victimarios siendo llamativa la opinión favorable de una parte del colectivo.

15. Sufren secuelas sociales.

16. Padecer secuelas sociales está relacionado significativamente con padecer secuelas psicológicas, de lo que se deduce que la situación personal de la víctima del terrorismo residente en Guipúzcoa está influenciada negativamente por la presión del entorno social.

Se abre un campo de estudio victimológico. Este trabajo ha sido una primera aproximación a la realidad de las víctimas del terrorismo. Las víctimas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las víctimas civiles que residen en otras comunidades del estado, las víctimas de otros grupos terroristas, etc., merecen también ser estudiadas para poder así comparar las conclusiones con las obtenidas en este estudio y conocer mejor la auténtica realidad de la victimación terrorista.

5. BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DEL TERRORISMO (1993); *La Razón*, Boletín informativo de la Asociación, 13, Madrid.

BERISTAIN, Antonio (1984). *Los terrorismos en el País Vasco y en España*, en REINARES, Fernando. *Violencia y política en Euskadi*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 169-196.

BERISTAIN, Antonio (1985). *Contra tortura y terrorismo*. Cinco tesis, en BERISTAIN, Antonio-DE LA CUESTA, José Luis. *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, IV Cursos de Verano en San Sebastián, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 401-412.

CARO BAROJA, Julio (1989). *El terror desde un punto de vista etnológico*, Plaza & Janés, Barcelona.

FAIREN, Victor (1991). *Acción, proceso y ayuda a las víctimas del delito*, La Ley, 3, Madrid, 862-881.

FATTAH, Ezzat A. (1966). *Quelques Problèmes posés a la Justice Penale par la Victimologie*, *Annales Internationales de Criminologie*, 5.^o anne. París, 162 y ss.

- FERNANDEZ SANCHEZ, Antonio (1992). *La obligación internacional de cooperar en la lucha contra el terrorismo*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, Madrid.
- GARCIA PABLOS, Antonio (1992). *El Derecho Penal y la víctima*, Papers d'estudis i formació 8, Barcelona, 239-261.
- GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (1992). *La conciliación víctima-delincente como alternativa a la justicia penal*, Papers d'estudis i formació 8, Barcelona, 89-100.
- GOBIERNO VASCO (1993). *Memoria del Programa de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo*, Consejería de Interior del Gobierno Vasco, Vitoria.
- GULOTTA, Guglielmo y ERMENTINI, Augusto (1971). *Psicología. Psicopatología e Delitto*, Guiffré, Milán.
- JAKOVljeVIC, Ivan (1985). *Political Prisoners as Victims*, V Symposium, Belgrado.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis (1962). *La llamada Victimología, Estudios de Derecho Penal y Criminología I*, Omeba, Buenos Aires, 104-114.
- KANJI, Gopal K. (1993). *100 Statistical Tests*, Sage Publications, Londres.
- LAMARCA, Carmen (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, Madrid.
- MENDELSON, Benjamin (1958). *La Victimologie. Revue Française de Psychoanalyse*, Janvier-Février, Paris, 66 y ss.
- NEUMAN, Elías (1984). *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Universidad, Buenos Aires.
- NEUMAN, Elías (1985). *Las víctimas del Sistema Penal*, Editorial Córdoba. Buenos Aires.
- NORUSIS, M.J., SPSS Inc.; (1990). *SPSS/PC+ 4.0 Base Manual*, SPSS Inc., Chicago.
- PERIS, Jaime (1989). *Proyecciones Penales de la Victimología. Excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*, Secretaría General de la Conselleria d' Administració Pública, Valencia.
- PINATEL, Jean (1974). *Tratado de Derecho Penal y de Criminología*, Criminología III, traducido al español por Ximena Rodríguez de Canestri, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- PULGAR, Belén (1993). *Las víctimas del terrorismo de ETA*, Tesina de diplomatura, Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad de León, León.
- REINARES, Fernando (1984). *Violencia y política en Euskadi*, Desclée de Brouwer, Bilbao.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis (1988). *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, México.
- ROSE, C., FERRACUTI, F., HORCHEM, H., JANKE, P., LEAUTE, J. (1986). *Informe de la Comisión Internacional sobre la violencia en el País Vasco*, Londres.
- WALTER, Laqueur (1980). *Terrorismo*, Biblioteca de Ciencias Políticas, Espasa Calpe, Madrid.

CRONICAS EXTRANJERAS

La inducción a un hecho principal indeterminado (*)

ROLF DIETRICH HERZBERG

NOTA PREVIA A LA TRADUCCIÓN

El comentario que reproducimos propone un nuevo enfoque en torno a cuál sea la verdadera dimensión del problema subyacente a la exigencia de requisitos mínimos de concreción del hecho al que se incita para que pueda hablarse de inducción. En este comentario a la Sentencia del Tribunal Federal Alemán de 21-4-1986, Herzberg sostiene que al exigir que el hecho quede determinado, la doctrina ha acusado intuitivamente la necesidad de operar una limitación del ámbito típico de la inducción que, sin embargo, no ha sabido ubicar sistemáticamente. Frente a la tradicional comprensión de los requisitos de concreción como un problema de tipicidad subjetiva, esto es, de delimitación del dolo del inductor, Herzberg se esfuerza en demostrar la verdadera dimensión del problema a la vez que propone su reconducción a un momento previo secuencialmente: el de la tipicidad objetiva.

Con estas premisas, Herzberg polemiza directamente tanto con la solución jurisprudencial como con la propuesta en la doctrina por Roxin, en cuanto que, aunque con razonamientos distintos, ambas se esfuerzan en fundamentar la impunidad del inductor en el caso objeto del comentario en la negación de la tipicidad subjetiva: la postura jurisprudencial argumentando la insuficiencia de un dolo referido genéricamente a un comportamiento típico; la de Roxin negando la propia

(*) El presente trabajo constituye un comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de la República Federal Alemana (BGH) de 21-4-1986 (recogida en NJW 1986, 2270, y en NStZ 1986, 407). Traducción y nota introductoria de la Dra. M.^a del Carmen Gómez Rivero, Profesora de Derecho penal de la Universidad de Sevilla.

existencia del dolo del inductor, a pesar de reconocer que en el caso enjuiciado en la Sentencia el hecho quedó suficientemente concretado de acuerdo con el criterio que sostiene de la fijación de «la relevante dimensión del injusto» (1).

Frente a este tratamiento de la cuestión, Herzberg sostiene que los requisitos de concreción del hecho se desvinculan por completo del problema de la afirmación, y, en su caso, del alcance del dolo del inductor, para implicarse en una dinámica distinta: la de permitir la imputación del hecho en sede de tipicidad objetiva a partir de los criterios de peligrosidad. La aportación del autor se centra de este modo en la aplicación a la teoría de la participación del criterio normativo del incremento del riesgo como corrector restrictivo de los resultados que arrojaría la simple constatación de la posibilidad de subsunción típica del hecho.

Es cierto que la propuesta metodológica de Herzberg, en sí, no es algo nuevo en la teoría del delito. De hecho, aunque todavía hoy rechazada por los más acérrimos defensores del ontologismo finalista como KAUFMANN (2) o STRUENSEE (3), hace tiempo que la doctrina viene reconociendo la necesidad de manejar, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, los criterios normativos de peligrosidad e imputación que desde la propia tipicidad objetiva dejen al margen de la intervención penal los comportamientos que, por no alcanzar un nivel mínimo de peligrosidad, deban valorarse como expresión de un riesgo permitido y, por tanto, considerarse impunes a pesar de que formalmente encajen en la descripción típica. Es más, los criterios del riesgo permitido se han filtrado a la propia categoría de la antijuricidad cuajando en la fórmula de lo «razonable» como baremo que permite considerar el hecho justificado a pesar de que el autor yerre en la apreciación del presupuesto objetivo de la causa de justificación (4).

El mérito de la aportación de Herzberg no es, por tanto, el de introducir dichos criterios de peligrosidad e imputación en la teoría del delito. Su interés radica en extenderlos y aplicarlos a un ámbito al que, curiosamente, aún habían permanecido ajenos, o en todo caso, su apli-

(1) «Wesentlichen Dimensionen des Unrechts», que según Roxin vendrá determinada por la dimensión del daño y por la forma y modo del ataque. De acuerdo con su criterio, la relevante dimensión del injusto quedaría fijada en los casos en que, como en el enjuiciado por el Tribunal, el hecho quedó delimitado tanto cualitativa —por la referencia al tipo (robo)—, como cuantitativamente —por la fijación del importe que el autor debería obtener con el robo—, ROXIN, LK §26.24, y en Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters, en JZ 1986, p. 906-909.

(2) KAUFMANN, ¿Atribución objetiva en el delito doloso?, en ADPCP 1985, pp. 805 y ss.

(3) Quien también en relación a los delitos imprudentes niega la operatividad de los criterios de imputación objetiva, El tipo subjetivo del delito imprudente, en ADPCP 1987, pp. 423 y ss.

(4) MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÓN, *Derecho penal*, Parte General, Valencia, 1993, pp. 286 y ss. y 349 ss.

cación sólo había sido sugerida (5): la teoría de la participación. Y aunque sólo sea por eso, sin entrar a valorar el modo, discutible a mi juicio, en que en última instancia Herzberg concreta la fórmula de la peligrosidad en la inducción (6), me parece que el juicio sobre su aportación tiene que ser necesariamente positivo.

Ahora bien, aceptar las bases de su propuesta no implica necesariamente compartir los resultados a que en última instancia su «manipulación» pueda conducir. Es más, tendencialmente dicho punto de partida corre el riesgo de acabar, al menos, en dos derivaciones que estimo rechazables.

La primera es el peligro de desbordar la capacidad misma de estos criterios de imputación. En ella, según entiendo, incurre el propio Herzberg cuando sostiene que el caso del que proporciona a otro sujeto, en tono de broma, las indicaciones precisas sobre cuándo y cómo puede matar a otra persona, no hay inducción por falta de peligrosidad. Cierro que en este caso no hay inducción. Pero como ya tuve ocasión de demostrar en otro lugar (7), esto no se debe a la carencia de una situación objetiva de peligrosidad. La presentación de un plan concretado en sus extremos que, por la información que ofrece, introduce elementos incentivadores a la decisión representa siempre desde una perspectiva objetiva un inequívoco incremento del riesgo capaz de fundamentar la tipicidad objetiva de la inducción. Si en el ejemplo debe negarse su admisión es porque el dato de que la propuesta tuvo lugar en «tono de broma» actúa en un momento posterior excluyendo la tipicidad subjetiva. Reconducir al incremento del riesgo lo que no son sino indicadores de las tendencias subjetivas del inductor supone hipervalorar la propia capacidad del criterio encontrado a costa de vaciar de contenido un momento tan irrenunciable como la comprobación subjetiva.

La segunda posible derivación —para nosotros, «desviación»— de la virtualidad de los criterios de imputación puede observarse en buena parte de la doctrina que maneja los criterios de incremento del riesgo, y consiste en absolutizar los resultados que proporcionan en la propia caracterización dogmática del delito, y, en concreto, en la configuración del injusto.

Los criterios de incremento del riesgo, en efecto, aparecen como el germen mismo del que se alimentan las concepciones monistas de injusto, según las cuales éste se agota en el desvalor de la acción entendido

(5) En nuestra doctrina, TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la imputación objetiva*, en ADPCP 1986, pp. 45 y ss.

(6) Así, para Herzberg los requisitos de concreción parecen desvincularse de la peligrosidad de la incitación. Sin embargo, como ya sostuve en *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, entiendo que la propuesta de ejecutar un detallado plan delictivo que, por la información que ofrece, introduce elementos incentivadores a la decisión, confiere a la incitación la peligrosidad que fundamenta el desvalor de acción de la inducción.

(7) *La inducción a cometer el delito*, Primera Parte, apartado 2.2.2 b'2).

como un juicio ex ante de peligrosidad de la conducta de cara a la producción del resultado. El traslado de esta concepción del injusto al ámbito de la participación, y en concreto a la inducción, supondría ahora excluir como elemento del injusto la adopción y posterior ejecución por el inducido de la resolución delictiva. Aparte de otros argumentos que a nivel general cuestionan la corrección dogmática de la concepción monista, y en los que ahora no puedo entrar, como intenté demostrar en mi tesis doctoral, La inducción a cometer el delito, es la concepción dualista del injusto la que permite fundamentar de un modo más coherente y satisfactorio la doble exigencia —generalmente reconocida— de que el partícipe actúe dolosamente y que también sea doloso el delito en el que participe para que sea castigado como tal (8).

Por su puesto que con estos dos breves apuntes no pretendo desmerecer lo más mínimo la elaboración de Herzberg. Todo lo contrario. Mi único propósito es subrayar las posibles desviaciones que, también en la teoría de la participación, puede sufrir una concepción cuyo punto de partida, en sí, me parece metodológicamente impecable, y cuyo traslado a este ámbito augura, como creo haber demostrado en La inducción a cometer el delito, toda una nueva dimensión en el tratamiento de sus problemas dogmáticos.

* * * * *

Los hechos enjuiciados por el Tribunal Supremo Alemán en Sentencia de 21-4-1986 eran los siguientes:

El acusado (A) se encontró el 19-2-1983 con el testigo W, que había abandonado la casa de sus padres tras un enfrentamiento con su padre. W le dijo que quería huir al extranjero por razón de un delito. A le advirtió los elevados costes y le aconsejó ante todo la venta del automóvil y del revólver que W se había traído de su casa. Cuando W rechazó esta propuesta, le dijo A: «entonces deberías hacerte con un Banco o una gasolinera». W no le contestó nada. En otras conversaciones, A se mostró dispuesto a facilitarle documentación falsa y a ayudarle en la huida, caso de que W reuniese suficiente dinero —aproximadamente 1000 DM—. Ambos convinieron encontrarse de nuevo a las 12 horas del día 21 2.1983. La mañana de ese mismo día, mediante amenazas con un revólver, W se hizo con la caja de una sucursal de la Caja de Ahorro F. en V, unos 40000 DM.

(8) La inducción a cometer el delito, Tercera Parte, Cap. I.

I. LA POLÉMICA EN TORNO AL GRADO DE CONCRECIÓN

1. La postura del Tribunal Supremo Federal

El Tribunal Supremo Federal examina la punibilidad de A por la inducción del delito cometido por W. No se pronuncia sobre si faltaba ya «el enlace causal entre la recomendación...y el...hecho» (como sostuvo la Audiencia Provincial). En todo caso, es correcto el argumento auxiliar del Tribunal de que el «dolo del inductor tiene que referirse a un determinado hecho principal», y de que aquí esta exigencia no se cumple. La Sala intenta justificar esta afirmación con citas extraídas de la doctrina y jurisprudencia, pero en el Comentario de Roxin a los parágrafos 26 y 30 (1) encuentra un punto de vista distinto, y se esfuerza por ello en encontrar argumentos polemizando directamente con él:

«El vínculo entre la inducción y el hecho principal» se debilita demasiado en la concepción de Roxin. El causante de un resultado podría ser inculpa conforme al §26, aunque «dudosamente fuese merecedor de pena...y su equiparación con el autor» no estuviese justificada. Por ello es necesaria una relación más estrecha. «Ciertamente, el dolo del inductor no tiene que comprender la totalidad de los detalles del hecho a ejecutar» pero sí debe «abarcar cuantos elementos le caracterizan, de tal manera que pueda reconocerse como un suceso concreto-individualizable». Esta exigencia no se cumple en el caso en cuestión a pesar de «la limitación de los objetos a Bancos o gasolineras. La caracterización de hecho, tal como se lo representó el acusado, quedó indeterminada por falta de sus elementos individualizadores (objeto, lugar, tiempo y otras circunstancias de la ejecución)».

2. La concepción de Roxin

Roxin, a su vez, critica el criterio del Tribunal Supremo Federal en un comentario a la Sentencia (2). Ciertamente, considera correcto el punto de partida que diferencia dos cuestiones: «si realmente el instigador ha causado de un modo doloso una resolución y si el hecho proyectado quedó suficientemente concretado». Para ROXIN, probablemente la Sentencia también es correcta en sus resultados, porque es posible que A no espere en realidad despertar en W la resolución de cometer un robo a raíz de la imprecisa indicación, formulada incidentalmente, sobre las posibilidades de conseguir dinero; por ello, en base a argumentos genéricos,

(1) Relativos a la inducción y la tentativa de inducción.

(2) JZ 1986, pp. 908 y ss.

puede partirse en este caso de la falta de dolo del inductor. Sin embargo, si se admite «que el dolo del acusado se extendió a la resolución para la ejecución del robo de un banco, y que ha sido su indicación la que realmente la ha provocado», entonces, a diferencia de lo que sostiene el BGH, no debería rechazarse la inducción «por la indeterminación del hecho previsto». Roxin admite que el hecho principal tiene que estar determinado en «la representación del autor», y que a este respecto no es suficiente la simple «descripción típica del comportamiento». «Por tanto, quien incita a otro a realizar un hurto, una estafa o un delito de lesiones, permanecerá impune aunque a consecuencia de ello el incitado llegue a ejecutar el tipo en cuestión». En estos casos, por injusto que pueda parecer, tendría que decaer la penalidad, porque debido al amplio margen de los tipos son necesarios «suficientes puntos de referencia» para la medición de la pena. Sin embargo, sería suficiente «que el dolo del inductor, además del tipo, abarcase la relevante dimensión del injusto del hecho proyectado». A ella pertenece «por un lado, la dimensión del daño, y de otra la clase y modo de ataque». De acuerdo con esto, en el caso en cuestión habría de afirmarse que el dolo del inductor quedó suficientemente concretado:

«El acusado conocía la dimensión del importe de que se trataba, y la clase de ataque se determinó en sus elementos típicos mediante la indicación de los lugares tomados en consideración».

II. LA UBICACIÓN DEL PROBLEMA EN EL TIPO SUBJETIVO

La polémica entre el Tribunal Supremo Federal y Roxin concierne a un problema que hasta ahora sólo ha encontrado escasa atención. En tanto alcanza a ver, faltan estudios específicos, y los pronunciamientos en los Manuales, Comentarios y algunas Sentencias desembocan la mayoría de las veces, o en rígidas formulaciones, o en la inseguridad, sin argumentación de alguna clase, o al menos, lo suficientemente profunda. La Sentencia y el comentario de ROXIN a la misma, cualquiera que sea la crítica que merezca en sus particularidades, tienen por ello una importancia sobresaliente. Ya, la reproducción del estado de opinión -Roxin se refiere a la jurisprudencia hasta la fecha, y el Tribunal Supremo Federal se refiere sobre todo a los pronunciamientos en la doctrina- es realmente exhaustiva. Pero la reproducción en sí apenas proporciona nuevos puntos de vista.

1. El Tribunal Supremo Federal y Roxin coinciden en formular la cuestión como un problema de tipicidad subjetiva: «Sobre las exigencias de la concreción del hecho en la representación del autor» es el axioma de la Sentencia, y Roxin opina que es «el dolo del inductor» el

que tiene que comprender la «relevante dimensión del injusto» (3). Aunque esta formulación se sostiene mayoritariamente en la doctrina, y en todo caso, nunca se ha cuestionado (4), suscita ya una primera reflexión.

Supongamos que por cualquier motivo A se hubiese propuesto, o tenido por muy probable, que a raíz de la imprecisa propuesta de «hacerse con un banco o una gasolinera», W se hubiese decidido a atracar en la mañana del 21.3.1983 la sucursal de la Caja de Ahorro F en V. y que mediante el empleo del revólver hubiese obtenido como botín 40000 DM. La propuesta de A se habría referido entonces a un hecho principal suficientemente concretado en sus contornos, y éste (como consecuencia de la propuesta) se habría ejecutado. ¿Desaparecería entonces el argumento material que llevó a la Audiencia Provincial y al Tribunal Supremo Federal a la absolución?, ¿o permanecería en su propia cualidad, ahora de un modo manifiesto, como carencia de la tipicidad objetiva del §26?

2. Pero dejemos todavía este interrogante sin contestar y partamos de que el Tribunal Supremo Federal, y aquellos cuyas premisas él ratifica, buscan la determinación del hecho sólo en el aspecto subjetivo, y que por ello, en la variante propuesta, afirmarían la inducción. En el caso juzgado por el Tribunal Supremo Federal la absolución podría fundamentarse a primera vista de un modo evidente en que el hecho de W no podía ser «objeto de referencia» de un dolo de inductor en el acusado porque la representación de lo que quizás sucediese era demasiado general: da cabida a todas las posibilidades sin abarcar realmente a ninguna en particular. Incluso si se superasen estos reparos más teóricos, quizás excesivamente vinculados a una imagen ideal del dolo, permanecería aún la dificultad práctica de tener que decidirse por un determinado hecho como referente del dolo a pesar de la indeterminación para conseguir la correcta fijación de la pena. Ésto no aparece de forma tan evidente en el caso que se examina porque todo lo que podía comprenderse en el ámbito de los delitos esperados por A —robo con empleo de un revólver— sería subsumible en los §249/255; 250 (5). Pero imagínese que A hubiese aconsejado a W un «asalto» nocturno indicándole las

(3) Curiosamente se produce aquí una desviación de la postura sostenida en *LK StGB* 10 ed. (1978), §26.9, donde el problema aparece ubicado en el tipo objetivo, bajo el criterio «determinación de otros»; en la misma línea *GEILEN, AT* 2, 6 ed. (1984), p. 203; *JAKOBS, AT* 1983, 22/27; *MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT*, 2, 6 ed (1984) §51.6; *SCHMIDHÄUSER, AT* (Studienbuch), 2 ed (1984), 10/111; también en la nota a la Sentencia se encuentran específicas formulaciones que se corresponden a esta perspectiva.

(4) *BAUMANN-WEBER, AT* 9 ed. (1985), p. 563; *CRAMER*, en *Schönke/Schröder, StGB* 22 ed (1985), §26.13; *DREHER/TRÖNDLE, StGB* 43 ed. (1986), §26.6; *JESCHECK, AT* 3 ed. (1978), p. 560; *LACKNER, StGB* 16 ed. (1985) §26.4 a.; *SAMSON*, en *SKStGB*, estado abril 1986 §26.7; *STRATENWERTH, AT* I 3 ed (1981), núm. 886, 888; *WESSELS, AT*, 16 ed. (1986) p. 167.

(5) Los parágrafos 249 a 255 se refieren al tipo básico y cualificaciones del robo y chantaje.

viviendas apropiadas para ello y que con ésto hubiese tenido por posible la producción de los §244, 252 (6). Si W produce simplemente un robo con fractura, en relación al concreto hecho principal realizado, el dolo del inductor es tan fundamentable como el relativo a un delito del §252. ¿No debería admitirse entonces en estos casos la curiosa consecuencia de que si no se quiere renunciar a la punibilidad por inducción a los §242, 243 (7), (26 (8)), también habría que añadir la penalidad por inducción intentada al 252 (9). (30 I (10))?

III. OBJECIONES CONTRA LAS EXIGENCIAS DE CONCRECIÓN

1. Lagunas de punibilidad

Las reflexiones anteriores tienen de por sí suficiente peso, pero también deben confrontarse con argumentos opuestos. En la búsqueda de éstos aparece inmediatamente la objeción de que las exigencias de concreción dan paso a lagunas de punibilidad difícilmente admisibles. Roxin, cuya concepción sólo se desvía gradualmente de la sostenida en Sentencia, evoca este aspecto cuando admite que la a menudo inevitable «impunidad del incitador podría considerarse injusta». Pero la pregunta es si él no se conforma demasiado pronto con esta reflexión, sin fijar siquiera «suficientes puntos de apoyo» para la medición de la pena. Piénsese por ejemplo en el caso en que un profesor de criminología, para investigar el éxito con que son acogidas entre sus estudiantes las propuestas delictivas, propone realizar allanamientos de morada de diversa clase y gravedad, o el caso en que un malvado xenófobo encarga a un matón maltratar físicamente a los asilados y le promete dinero por cada ejecución probada. Roxin, y con mayor motivo el Tribunal Supremo Federal, dejarían en estos casos al causante impune, aunque hayan causado intencionalmente y de un modo demostrable un delito del §123, 223, 223a (11). Es «indiscutible», señala Roxin, «que no basta la invitación a realizar un comportamiento caracterizado sólo en sus rasgos típicos... El §223 StGB comprende tanto el inocente golpe en el glúteo como los malos

(6) El párrafo 244 tipifica el robo con porte de armas; el 252 la conducta del que para conseguir el apoderamiento de la cosa hurtada emplea violencia o amenazas con peligro actual para la vida o integridad física.

(7) Que regulan, respectivamente, el hurto simple y el cualificado.

(8) Párrafo que regula la inducción.

(9) Que, como hemos visto, contempla el empleo de violencia o amenazas con peligro actual para la vida o integridad física para conseguir el apoderamiento de la cosa hurtada.

(10) Párrafo que regula la tentativa de inducción.

(11) El párrafo 123 contempla el allanamiento de morada; el 223 el tipo básico de lesiones, y el 223 a) sus formas cualificadas atendiendo a la peligrosidad de los modos de comisión.

tratos graves». Dado que «la culpabilidad depende en gran medida...de la dimensión del injusto realizado conscientemente, sobre el que de la incitación no se infiere nada» la medición de la pena no tiene ningún punto de apoyo (12).

2. Comparación con otros casos de causación de un hecho ajeno

Si se sigue esta argumentación, no pueden limitarse las exigencias de concreción al §26 (13). Dichas exigencias también serían válidas para el cómplice, el autor mediato y para el que incita «públicamente a la realización de un hecho antijurídico», y que «es castigado como un inductor» (§111).

a) La incitación pública a delinquir (§111). No existe duda alguna (y los comentarios tampoco dejan dudas al respecto), que se darían los presupuestos del §111 si el criminólogo y el xenófobo hubiesen formulado su incitación en una clase numerosa o en una reunión de partidarios (14). Quien incita a un delito en un discurso público o con consignas se conforma casi siempre con una caracterización genérica de la víctima y con una alusión gráfica al tipo de delito (p. ej., RGSt 65, 200 «Golpead a los fascistas donde los encontréis»). Si eso no fuese suficiente para apreciar el §111, se privaría de su sentido al precepto (15).

b) Complicidad (§27). Por lo que respecta a la complicidad, ciertamente la exigencia que se cuestiona se traslada la mayoría de las veces al «dolo del cómplice» de un modo limitado y referencial (16). Pero es improbable que se hubiese sostenido en el enjuiciamiento práctico del caso. Supongamos que B le pide a A su pistola y le dice simplemente que la necesita para un «rob». Esto puede significar todas las posibilidades dentro de un amplio margen. A, ignora por completo «la medida del daño y la clase y modo del ataque» (criterio sostenido por Roxin para determinar las exigencias de concreción), incluso «el género de los objetos tomados en consideración» (criterio al que se refiere el Tribunal Supremo Federal). Supongamos que B, amenazando con la pistola que A le ha cedido con la promesa de darle una parte del botín, obliga a un

(12) De un modo análogo, Stratenwerth (supra nota 3), núm 833, no considera suficiente «la incitación a perpetrar un delito identificado sólo según el género», porque acciones igualmente subsumibles en el tipo podría estructurarse «de un modo completamente diferente».

(13) Precepto que regula la inducción.

(14) Véase p. ej. BUBNOFF, en *LK StGB* 10 ed. (1978), §111, núm. 23; DREHER/TRÖNDLE §111, núm 4; ESER, en *Schönke/Schröder*, §111, núm 13; LACKNER, §111, núm. 1,3 b; ROGALL, *GA* 1979, pp. 17 y ss.

(15) Acertadamente, DREHER, en *Festschrift für Gallas* p. 317.

(16) BAUMANN/WEBER (supra nota 3), p. 574; CRAMER, en *Schönke/Schröder* §27.19; DREHER/TRÖNDLE, §27, núm. 8 y ss.; LACKNER, §27.5; Stratenwerth (supra, nota 3), núm. 901; WESSELS (supra nota 3) p. 164.

joyero a que le entregue una valiosa joya. ¿Debería A en este caso quedar impune, a pesar de haber entregado la pistola con conocimiento de que con ella B robaría o chantajearía? Buen tiempo para los cómplices. Sólo tendrían que exigir del autor que relatase las peculiaridades del robo más tarde.

Es sorprendente y a la vez altamente significativo que Roxin ni siquiera teóricamente asimile el dolo del cómplice al del inductor. Ciertamente al comentar el §27 dice que «el cómplice...tiene que abarcar el hecho principal en sus elementos esenciales», pero en ningún momento habla de la «dimensión del injusto». Antes bien, dice, acercándose a nuestros ejemplos y a nuestro propio punto de partida: «También puede ser un cómplice punible quien no conoce los concretos detalles, lugar, tiempo y víctima del hecho (A le presta a B un revólver para que B pueda realizar un robo con armas. A no necesita saber, qué cosa, a quién, donde y cuándo robará B) (17). La contradicción es evidente, y se pone especialmente de manifiesto cuando se combinan las conductas de ayuda e incitación: A le da a B el arma y le acusa para robar con ella a una acaudalada víctima tan pronto como sea posible. Si B lo hace, Roxin afirmaría la complicidad y negaría la inducción, pero ésto último con argumentos que lo primero prohíbe.

c) Autoría mediata (§25 I 2). Tampoco se confirma la dudosa limitación de la punibilidad en los casos en que la imputación del hecho ajeno tiene lugar según las reglas de la autoría mediata. Esto lo demuestra, p. ej., el caso en que el padre incita a su hijo enfermo mental a vengarse brutalmente de la humillación de que es objeto, en el sitio y contra la persona de quien él la sufre constantemente. Cada hecho que realice el hijo a consecuencia de esa incitación, y que pueda incardinarse en el ámbito del aumento del riesgo que el padre ha reconocido (esto es: tanto daños materiales como lesiones corporales leves, peligrosas y graves) habrían de valorarse aquí como «un hecho realizado por otro» (§25.1) y abarcado por el dolo del padre. Del mismo modo que en la complicidad, tampoco se exige en la autoría mediata un dolo «determinado». Tampoco debe decaer la responsabilidad a título de dolo por el hecho de que premeditadamente evite hacerse representaciones más exactas del hecho que comete su instrumento.

3. La necesaria abstracción del dolo

El ejemplo anterior nos pone en la pista de que en realidad la exigencia de una concreta representación del hecho principal no es un pro-

(17) En *LK* §27.30; en el núm 33 alude ciertamente como criterio limitador de la responsabilidad a la «relevante dimensión del injusto», pero de un modo manifiesto el concepto no tiene aquí el mismo sentido que en el §26 y en el comentario a la Sentencia.

blema exclusivo de la inducción o de la participación. Más bien se trata de que en esta sede es especialmente llamativo lo inapropiado de un resultado genérico a que conduce la aplicación de la teoría del dolo. Dado que el dolo se refiere a algo futuro, necesariamente siempre presenta un grado mayor o menor de abstracción. El que el objeto de referencia del dolo sean «malos tratos corporales» (§223) o el «hecho doloso que otro comienza a ejecutar» (§26, §27 (18)) no introduce ninguna diferencia fundamental. Tampoco el autor prevé nunca de un modo totalmente exacto el qué y el cómo del hecho, sino que a menudo lo hace con un alto grado de imprecisión. Contemplemos el ejemplo en que un terrorista, actuando por encargo, coloca en una concurrida calle un coche con material explosivo en el maletero sin saber la cantidad y el tiempo en que va a producirse la explosión. En este caso las representaciones del autor abarcarán que, además de la explosión misma (§311), son de esperar muertes, lesiones y daños materiales. Pero, prescindiendo de la fijación local del suceso, esa representación de los hechos queda completamente indeterminada. Y ello no sólo en relación a la identidad de la víctima en cuestión y del concreto curso causal, sino ya en relación a la «extensión del daño», que según Roxin es uno de los factores que decide la «dimensión del injusto». El autor, desde luego, se presenta como posible desde la destrucción del propio coche hasta el daño más grave con varias víctimas mortales. Sin embargo, debido precisamente a esta imprecisión, el juez le imputará a título doloso el concreto resultado delictivo que sea consecuencia típica y normal de una explosión, y admitirá la tentativa cuando el daño realizado no agota ese ámbito. Así, p. ej., la muerte de un perro será imputable como un hecho doloso (§303) incluso cuando el terrorista asegura de un modo convincente que no había pensado que la víctima de su acción pudiera ser un animal. Aquí también surgen las dificultades señaladas más arriba (II 2): ¿debe ser castigado el autor por asesinato conforme al §211?, y, caso afirmativo, ¿cuántas tentativas de asesinato deben apreciarse en concurso ideal? Es innegable que nuestra teoría del concurso y de la medición de la pena no proporcionan ninguna respuesta a este respecto, que permanece en la pragmática del juez. Posiblemente, si se producen tres resultados de muerte se juzgaría al autor como si su dolo se hubiese referido exactamente a la producción de tres casos de muerte, lo que sería pura arbitrariedad, pero que en atención a que se satisface la exigencia de merecimiento de pena, y ante la carencia de un precepto legal, resultaría satisfactorio.

Si se sigue exigiendo que el dolo tenga que ser «determinado», ninguna teoría resultaría aplicable a esa praxis. Ciertamente hay límites. El autor y partícipe doloso tienen que «conocer», según el

(18) El párrafo 26 se refiere a la inducción y el 27 a la complicidad.

tenor del §16 (19), las circunstancias que pertenecen al tipo. Como se deduce de nuestros ejemplos y reflexiones, para ello tiene que ser suficiente que las concretas circunstancias del hecho realizado se correspondan con lo esperado por el autor o el partícipe. Este conocimiento del §16 no deberá verificarse como una efectiva consciencia *fáctica*, sino como una imputación *valorativa*.

4. El argumento de los límites del exceso

Finalmente, no es sólido el argumento con el que Dreher pretende justificar las exigencias de concreción: «El inductor no responde por los excesos. Si se quisiera ver también como inducción la incitación a realizar hechos indeterminados, no se cumpliría ese principio. No podría establecerse un límite al exceso. En el fondo se trata de la idea de la accesoriidad de la participación, que sólo permite calificar como inductor al que ha anticipado mentalmente la concreción del futuro hecho» (20). Los límites al exceso coinciden en nuestros ejemplos con el ámbito de lo esperado, y son, naturalmente, borrosos. Pero en el fondo, esto ocurre siempre. No es verdad que aquí los límites no sean «constatables». Por ejemplo, si el profesor de criminología para conseguir datos estadísticos ha incitado a los estudiantes a cometer delitos de allanamiento de morada de cualquier clase, el dolo del inductor se extiende a cada uno de los hechos que cometan de acuerdo con el §123 (allanamiento de morada), mientras que, por el contrario, serían excesos las lesiones corporales que cometiese algún estudiante especialmente agresivo para conseguir entrar en la vivienda. No se ve la razón por la que la idea de la accesoriidad deba impedir en estos casos la imputación. El allanamiento de morada es un «hecho antijurídico realizado dolosamente», según el §26. Por tanto, es válido como hecho principal para la accesoriidad de la participación. La solución teórica de Dreher de que el profesor no sería punible de acuerdo con la inducción es en cierto modo chocante, y en todo caso no puede sostenerse recurriendo a «la idea de la accesoriidad».

5. Resultados provisionales y variante del caso del BGH

a) La exigencia de que el dolo del inductor tenga que referirse a un hecho «determinado» o «concretado» no casa en el conjunto de la dog-

(19) «Quien ejecuta el hecho desconociendo una circunstancia del tipo, no actúa dolosamente. Quedará subsistente la responsabilidad por imprudencia. 2.—Quien actúa creyendo erróneamente que en su hecho concurre una circunstancia que determinaría la aplicación de un tipo atenuado, sólo será castigado dolosamente por dicho tipo atenuado».

(20) En otro lugar (supra nota 15), p. 320; adhiriéndose, ROGALL GA 1979, p. 15.

mática. Limitada a un sector del ámbito de aplicación de la teoría del dolo, prescindiendo de su práctica irrealizabilidad, conduce a inevitables rupturas y contradicciones en el sistema. Incluso en la concepción más matizada de Roxin, es especialmente incompatible con el hecho de que en otros supuestos de causación de hechos delictivos por terceros sea suficiente, sin lugar a dudas, sólo con que el hombre de atrás se presente que el hecho de otro es consecuencia de su influencia.

b) Pero ni siquiera se necesita esta comprobación. Los principios se mantienen, dice Bismark, en tanto no se pruebe lo contrario. Hagamos por tanto la prueba. Modificando el caso del Tribunal Supremo Federal, admitamos que A estimuló intensamente al autor a la causación del hecho.

Pongamos por ejemplo que W no tenía con anterioridad ningún arma y le cuenta a A su imperiosa necesidad de dinero, sin que le hubiese manifestado la «dimensión» del importe necesitado (criterio de Roxin). A, olfateando un buen negocio, le pondría en la mano a W un revólver, a la vez que le incitaba a emprender cualquier robo lucrativo y a hacerle partícipe en el botín. Si el relato de los hechos hubiese sido así, el Tribunal habría afirmado con toda seguridad la inducción, aunque la representación por A del hecho que cometería W ni siquiera habría satisfecho el grado mínimo de concreción exigido por Roxin. En este caso las exigencias de concreción, o serían totalmente desconocidas, o en todo caso, formuladas de tal modo que no hubiesen representado un obstáculo.

IV. EL CRITERIO DEL RIESGO JURÍDICAMENTE RELEVANTE

La variante que se acaba de exponer evidencia de un modo contundente que la Sentencia se equivoca al menos en los razonamientos. Lo que A hubiese proyectado y esperado de W podría imaginarse aún de un modo más indeterminado y, sin embargo, se estaría ante un indudable caso de inducción. Sin embargo, con ésto no se está diciendo que los Tribunales hayan absuelto de un modo injusto al acusado. La mayoría de las veces las argumentaciones jurídicas son, sobre todo en la práctica, absolutamente secundarias, y sólo sirven para presentar una concepción como razonable y sostenerla científicamente. Pero incluso cuando, como en este caso, fracasan, es aún de suponer que el criterio judicial no ha incurrido en el error y que otro argumento, que pudiera no estar desarrollado dogmáticamente, al menos, justifica el resultado.

1. Anticipación de ideas en el caso concreto

El ejemplo propuesto facilita la comparación de los casos. La diferencia consiste sobre todo, de un modo manifiesto, en que en nuestro hi-

potético caso, A, con la finalidad de hacer surgir la resolución delictiva, influyó en W de un modo prometedor e intenso. Al entregar un arma, creó para W un nuevo estado de cosas y aumentó considerablemente el riesgo de que W realizara el hecho que le proponía. Sin embargo, en el caso real la influencia de A, en su valoración *ex ante*, fue prácticamente insignificante en la medida en que consistió en la recomendación para robar. Cualquiera conoce la posibilidad de robar bancos y gasolineras, y sabe que puede resultar exitosa cuando se tiene un arma. Con su indicación de «hazte con un banco o una gasolinera», A no añadió, por tanto, nada nuevo. Ni siquiera su propuesta contiene la más mínima referencia a una posibilidad en especial, p. ej., la menos arriesgada o la más prometedora económicamente. A, no ha aumentado las posibilidades de W de obtener dinero, ni la tentación que nace de esas posibilidades. No ha realizado por tanto nada que pudiera ser importante.

Aún está por aclarar si con lo anterior se obtiene algo decisivo para el caso en cuestión. Pero demuestra de nuevo que la exigencia de «determinación» no puede ser algo determinante. Las posibilidades de motivar a W no hubiesen sido mayores si A hubiese indicado a W implícita y explícitamente, de un modo arbitrario, una determinada sucursal bancaria, el momento del atraco y una suma de dinero: «Ve esta tarde con el revólver al Deutsche Bank en Markstraße y haz que te den cien de los grandes». ¿Debe depender la aplicación del §30.I (tentativa de inducción) de esta diferencia en la formulación del consejo? Cuando la concreción del hecho no tiene ningún sentido ni fundamento, porque con ella la incitación no se hace más peligrosa, sería absurdo apreciar una inducción intentada, que se hubiese negado caso de faltar esa concreción.

2. El principio general

El principio general del que partimos es éste: La inducción supone la creación del riesgo de que el destinatario ejecute el hecho que se le propone. Si se parte de esta concepción es fácil encauzar la solución de nuestro problema en un sentido ya conocido y dotarla de un fundamento sólido. Se trata, a grandes rasgos, de la teoría de la imputación objetiva, y de un modo más específico, del principio delimitador empleado en esta sede del «riesgo permitido». En esta materia reina todavía cierta inseguridad, pero se impone el reconocimiento de que la diferencia entre el riesgo intolerable y el jurídicamente admisible no se limita a los delitos imprudentes (21). Leckner pone el ejemplo de «la falsa comunicación de la muerte de un pariente próximo que causa en quien recibe la

(21) Más detenidamente sobre esto, en mi disertación sobre dolo y riesgo permitido, en *JR* 1986, pp. 6 y ss. Véase además NERZBERG-STRUENSEE, *JZ* 1987, pp. 536, 541.

noticia un ataque cardíaco». Incluso aunque el autor hubiese tenido el propósito de provocar la muerte, la solución se mantendría en el tipo objetivo: «A pesar de la causalidad está excluída la imputación del resultado, cuando mediante su acción el autor...no ha creado ningún riesgo jurídicamente relevante para el resultado», p. ej. «porque éste...era consecuencia de un curso causal totalmente atípico» (22). El malintencionado sujeto que miente no realiza, por tanto, ningún delito. Incluso si sorprendentemente tiene éxito, falta el tipo objetivo del homicidio, y, consiguientemente, debe negarse también la tentativa, porque no realiza ningún comportamiento subsumible en el tipo, es decir, no tiene dolo de homicidio en sentido jurídico.

3. La aplicación a la inducción (§26 StGB)

a) En su obra sobre «Dolo y riesgo» Wolfgang Frisch ha puesto contundentemente de manifiesto que en realidad en todos los tipos hay que preguntarse por la «desaprobación relevante del comportamiento», escuetamente, por «el riesgo normativamente relevante» (23). Ciertamente, Frisch no alude de un modo especial a la inducción, pero es coherente tener presente también en ella los casos de riesgo no relevante y excluirlos del tipo objetivo.

El resultado que persigue el inductor es que el inducido ejecute el hecho. Y así, p. ej., si el anarquista A propone seriamente en la calle al policía P que ataque con su pistola de servicio el banco de enfrente, respecto al resultado esperado ocurre lo mismo que en el último ejemplo respecto al resultado mortal que ocasiona el malintencionado mentiroso: no es imposible, pero prácticamente se excluye la posibilidad o, en todo caso, es altamente improbable. Tanto desde su perspectiva como objetivamente, el anarquista crea un riesgo mínimo, despreciable por el Derecho. Si para la sorpresa positiva de A y para el desconcertante horror de

(22) En SCHÖNKE/SCHRÖDER, Vor §13 ss. núm 93. Véase también, entre otros, JAKOBS (supra nota 2), 7/35 ss.; JESCHECK, en *LK, StGB* 10 ed. (1979), Vor §13, núm. 59 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT* 1, 6 ed. (1983), §18 núms. 46 y ss.; RUDOLPHI, en *SK StGB* Vor §1 núm. 62; WESSELS (supra nota 3), pp. 52 y ss. Ultimamente, se decide en contra STRUENSEE, *JZ* 1987, p. 60, argumentando que en tales casos es decisivo que el autor trata a su víctima «desconociendo su especial constitución» «consiguientemente, no se realiza el tipo del delito doloso (tampoco el del imprudente), dado que existe un error sobre el tipo (doloso o imprudente). Sin embargo, la solución no es correcta. A pesar de su improbabilidad, el autor se plantea como la única posibilidad la extrema debilidad cardiaca de la víctima. Él apuesta por la «especial constitución» de la víctima y se imagina, incluso entusiasmadamente, que puede darse. Apremiar a pesar de ello un error de tipo contradice todas las reglas de la teoría del dolo. Para poder fundamentar correctamente la indiscutible renuncia a la pena en los casos en que la creación de un riesgo mínimo sorprendentemente tiene éxito, es obligado renunciar previamente al tipo objetivo; sobre esto HERZBERG, *JZ* 1987, p. 536.

(23) *Dolo y riesgo*, 1983, p. 28.

los presentes, P comete realmente el robo, a pesar de que ciertamente A ha sido el causante, no le es imputable objetivamente. Por ello (si el hecho no se realiza) decae también la posibilidad de apreciar la tentativa de inducción (§30.I). La voluntad de causar de A no se dirige al cumplimiento del tipo de la inducción.

b) Naturalmente en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo Federal, el acusado se encontraba en una situación distinta a la del ficticio anarquista. W, si bien no estaba todavía decidido, estaba de todos modos inclinado y tentado a aumentar su financiación mediante delitos. Sin embargo, sería erróneo responder a la pregunta de la relevancia jurídica del riesgo creado mediante la incitación de A atendiendo a cuál era la magnitud del peligro de que W se decidiera a la ejecución de un robo. Lo que hay que imputar a A es sólo el riesgo de que su propuesta tuviese efecto en W. Partiendo exclusivamente de la advertencia «entonces tendrías que hacerte con un banco o una gasolinera» habría que negar un riesgo relevante. La indicación de esta posibilidad no le sirve de nada a W. Desde luego, no se excluye que pudiera dar el impulso decisivo, pero su fuerza motivadora es mínima y, por tanto, también jurídicamente su dimensión no es digna de ser tomada en consideración.

4. Comparación con las exigencias de concreción

Probablemente aquí radica el motivo de la absolución que la Sala siente y que intenta encauzar en el criterio de la «determinación del hecho en la representación del inductor». El punto de contacto es, sin duda, existente y evidente. Una conversación genérica sobre lo que se podría hacer para conseguir dinero es raramente apropiada para decidir al indeciso, y a la inversa, frecuentemente es un riesgo no prohibido, jurídicamente irrelevante. Sin embargo, ya ha quedado claro que no se puede hablar de la identidad de ambos puntos de vista. El inductor puede acompañar una propuesta indeterminada de un robo o un hurto con un incentivo sólido, altamente peligroso (la entrega de una pistola); entonces supera el límite del riesgo tolerado, sin que se haga en lo más mínimo representaciones más concretas de cómo sucederá el hecho. Por otra parte, es posible que, en función de las especiales circunstancias del caso, el «permiso» verbal para la violación de la ley se convierta en el impulso decisivo. Por ejemplo, un marido le dice a su mujer que lamenta tener que renunciar a los lujos; y que a partir de ahora ella debe escaparse sin pagar en el salón de belleza siempre que sea posible. Si la mujer está acostumbrada a obedecer, el marido no puede apelar a la insignificancia del riesgo, a pesar de la indeterminación del hecho que se propone (24).

(24) Aquí pertenece también el ejemplo de GEILEN (supra nota 3), p. 203: «F, la novia del atracador de bancos B ve cómo se agota el último botín. Descontenta, protesta

Finalmente, debe recordarse que, a la inversa, una concreta indicación del hecho no significa necesariamente la creación de un riesgo relevante. Quien con la disparatada esperanza de que se produzca el resultado, le describe a su jefe de sección, un hombre honrado, cuándo y cómo debe envenenar al Director, no comete ninguna tentativa de inducción, porque según su propia representación sólo realiza un riesgo jurídicamente irrelevante.

V. VALORACIÓN DEFINITIVA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL

1. Ahora estamos en condiciones de valorar definitivamente la Sentencia que comentamos. Su primer fallo es la ubicación sistemática del problema, que hemos puesto en duda desde el principio (II.1). No se trata, pues, de un elemento del tipo subjetivo, ni de cómo tenga que ser la representación del inductor. Este es un error que se encuentra a cada momento también en otros contextos en la doctrina y jurisprudencia. Su origen es siempre el mismo: la tendencia de nuestra dogmática a explicar en el tipo subjetivo lo que tendría que resolverse ya en el objetivo. Frisch, sin referirse a nuestro específico problema, ha descrito ésto acertadamente. El se refiere al extendido intento (la mayoría de las veces orientado a la eliminación del dolo eventual) de tratar inequívocos casos de actuación conscientemente arriesgada «mediante una exasperación de las exigencias del dolo, una típica solución de necesidad». Esta solución es necesaria porque «la doctrina mayoritaria no ha precisado suficientemente la verdadera esencia del tipo (y punto de referencia del dolo), el comportamiento...desvalorado. En el ámbito del dolo se retoma —mediante una modificación puntual de su concepto— lo que se omite en el ámbito de la descripción típica del comportamiento prohibido» (25).

2. En un sentido contrario, opina Geppert que las figuras jurídicas del tipo objetivo, como la «adecuación social» y el «riesgo permitido» están aún «poco consolidadas»; y que «acaso deberían probarse como recurso», pero que es mejor dejarlas a un lado «cuando...por falta de tipicidad subjetiva pueda llegarse a la absolucón» (26). Pero precisamente este es el punto de partida erróneo y el germen de la renuncia a una

a B diciéndole que tiene que actuar de nuevo. Cuidadamente, y sin mediar otro acuerdo con F, B se informa de una oportunidad y realiza otro atraco». Geilen ve aquí, en el sentido del punto de vista tradicional, un «problema de concreción del hecho principal previsto». Sin embargo, si la incitación al robo se dirigiese a un juez o un obispo, podría incluso contener una indicación del tiempo, lugar e indicación del montante del botín, sin que bastase para apreciar el §30.

(25) En otro lugar (supra nota 12), p. 339; véase también HERZBERG, *JuS* 1986, pp. 249 y ss.

(26) *JK*, StGB §344/1.

construcción lógica de nuestra sistemática penal. No es lo mismo decir a alguien que objetivamente no ha realizado ningún injusto, que probar que no ha «querido» la consecuencia desvalorada de su actuación, o —en nuestro caso— que no la ha concretado suficientemente. Pero sobre todo, el precio de que en un caso sea correcto el resultado alcanzado es que otros tengan que resolverse de un modo erróneo. Desde luego que la insignificancia del consejo formulado vagamente puede expresarse por medio de una sólida idea jurídica: diciendo que el dolo del inductor tiene que ser concreto. Pero lo que de aquí puede considerarse correcto y aprovechable, exige que también lo sea en otros casos: Si A hubiese entregado el arma a W y le hubiese estimulado de este modo a «hacerse con un banco o una gasolinera», de un modo consecuente también habría que absolverle, aunque esta consecuencia fuese manifiestamente incorrecta. La consolidación de una figura jurídica no dice aún nada sobre su legitimidad. También puede tratarse de un error consolidado.

3. Con esto en ningún modo se ha adelantado al tipo objetivo la restricción propia del subjetivo. La pregunta no es si el hombre de atrás ha inducido al autor principal a un hecho suficientemente determinado, esto es, si mediante indicaciones más o menos precisas ha provocado su ejecución. La pregunta es más bien si con su influencia, en función de las especiales circunstancias del caso en cuestión, ha superado la frontera de la creación de riesgos jurídicamente relevantes, y por ello, si el hecho principal, caso de que comience a ejecutarse, le sería «imputable objetivamente» como consecuencia de su hacer.

A la errónea ubicación sistemática contribuye también un descuido práctico, que guarda relación con la pregunta en torno a si realmente necesitamos modificar el supuesto del caso enjuiciado por el Tribunal para demostrar los erróneos resultados a que conduce la restrictiva concepción del dolo en la inducción. ¿Puede ser que el acusado también haya superado los límites del riesgo en una contemplación total de los sucedido?

4. Ya ha se ha indicado varias veces por medio de una reserva puntual, que A no ha intentado influir en W mediante su genérica mención de bancos y gasolineras. Si recordamos el relato de los hechos, A añade la oferta de ayudar por 10000 DM a W a conseguirle documentación falsa y facilitarle la huida al extranjero. El curso de los acontecimientos muestra de este modo que es esta posibilidad la que impulsó a W a conseguir dinero antes de su posterior encuentro con A. Esto tiene su lógica: Es más fácil cometer un delito cuando se tienen buenas oportunidades de huir después al extranjero. Dado que además, aparentemente, W quería cometerlo de todos modos, probablemente, el ofrecimiento fue para él muy tentador y se convirtió en factor decisivo de su motivación. El hecho de que A crease conscientemente ese motivo es evidente. Para él se trataba de 10000 DM, y con esa finalidad tenía que inducir a W «a dar un golpe».

Desde sus premisas, el Tribunal Supremo Federal no puede darle ninguna relevancia. Para explicar la insignificancia de la simple indicación a bancos o gasolineras, entiende que hay que recurrir a la limitación de la «determinación». La consecuencia: la influencia en la motivación del autor sólo se tendría en cuenta cuando se refiriese a un hecho concretado. Esto no ocurre en la oferta de A. El que se tratase de un medio prometededor, altamente eficiente para la causación del hecho, no desempeñaría ningún papel, ni siquiera se tomaría en consideración (27).

Una vez más vemos que no debe darse demasiado crédito al criterio judicial. Ciertamente se habrían eliminado las trabas doctrinales si A hubiese motivado a W a robar entregándole un arma. Pero no siempre se estará en la situación de superar los errores de una teoría mediante la búsqueda de pautas. Por el contrario, estos errores podrían falsear el criterio judicial. Esto aparece aquí especialmente claro debido a que parte del esfuerzo por la causación del hecho tuvo lugar veladamente. La forma pícara (de por sí inocua) de despertar en W un motivo para realizar la propuesta, ni siquiera tenía el cuño de la inducción. El acusado manifestó en tono de despedida «debes saber que a mí no me interesa en absoluto». Parece como si este disimulo hubiese seducido al juez, ya predispuesto dogmáticamente. Por ello, es también importante para la práctica, como ejemplarmente demuestra este caso, la continua corrección y desarrollo de la dogmática.

5. La cuestión en torno al carácter causal del hecho de la manifestación de A, negada por la Audiencia Provincial y que el Tribunal Supremo Federal deja abierta, no puede desde luego resolverse aquí. Puede ser que existan dudas; quizás W estaba ya desde el primer encuentro decidido al robo o que realmente no estuviese interesado por huir al extranjero y por ello no fuese motivable de este modo (lo que sería difícilmente compatible con la cita para un segundo encuentro y el hacerse con dinero el mismo día de éste). Pero dado que el hecho para el que A quería recibir dinero tenía el rango de delito (§§ 249/255; 250I Nrn 1.2) podría afirmarse en todo caso una inducción intentada.

(27) Asombrosamente, este aspecto no es mencionado ni en la Sentencia ni en su crítica. Finalmente era evidente que en tan escaso período de tiempo W no podía ganar ese dinero en el supermercado o conseguirlo por un préstamo.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: —Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio. —Instrumento de ratificación del Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, hecho en Donostia-San Sebastián el 26 de mayo de 1989. —Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado. —Instrumento de ratificación del Tratado entre España y Bolivia sobre transferencia de personas condenadas, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990. —Instrumento de ratificación del Tratado de Extradición entre España y Bolivia, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990. —Convenio entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto sobre traslado de personas condenadas, firmado en El Cairo el 5 de abril de 1994. —Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. —Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. —Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios.

**Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código Penal,
mediante la que se tipifica la apología de los delitos de genocidio
(BOE de 12 de mayo de 1995).**

EXPOSICION DE MOTIVOS

La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más

urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre.

Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965.

En cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales en la materia, se aprobó recientemente la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, que comporta la adopción de medidas necesarias con arreglo a nuestro Derecho interno para cumplir la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se creó un Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. Con ello no se agota nuestro deber de solidaridad y la necesidad de tratar con firmeza estos actos. Su proliferación nos obliga a dar un paso más allá en la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre).

Se introduce, por último, una nueva agravante en los delitos contra las personas y el patrimonio cuando el móvil para la comisión sea racismo, antisemitismo u otros motivos referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima,

Artículo primero

1. Se incorpora un nuevo artículo 137 bis, b), al Código Penal, con el siguiente contenido:

«La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.»

2. Se incorpora un nuevo artículo 137 bis, c), al Código Penal, con el siguiente contenido:

«En caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta; y si fuera un particular, los Jueces o Tribunales podrán aplicar la de inhabilitación especial para empleo o cargo público.»

3. El actual artículo 137 bis del Código Penal pasa a numerarse como artículo 137 bis, a).

Artículo segundo

Se incorpora un nuevo artículo al Código Penal que se numerará como 165 ter y tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 165 ter.

1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la dis-

criminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.»

Artículo tercero

El apartado 17 del artículo 10 del Código Penal, actualmente sin contenido, tendrá la siguiente redacción:

«17. Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional, o a la ideología, religión o creencias de la víctima.»

DISPOSICION FINAL UNICA

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**Instrumento de ratificación del Acuerdo entre los Estados miembros
de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización
de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, hecho en
Donostia-San Sebastián el 26 de mayo de 1989
(BOE de 17 de mayo de 1995).**

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 26 de mayo de 1989, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto firmó en Donostia-San Sebastián el Acuerdo entre los Estados-miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, hecho en el mismo lugar y fecha,

Vistos y examinados los seis artículos de dicho Acuerdo,

Concedida por las Cortes Generales la *autorización* prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza *mando* expedir este Instrumento de ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

**ACUERDO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS RELATIVO A LA SIMPLIFICACION Y A LA
MODERNIZACION DE LAS FORMAS DE TRANSMISION DE LAS
SOLICITUDES DE EXTRADICION**

Los Estados miembros de las Comunidades Europeas, en lo sucesivo denominados «Estados miembros»,

Deseosos de mejorar la cooperación judicial en materia penal, en las relaciones que se dan entre ellos en materia de extradición,

Considerando que es conveniente acelerar los procedimientos de transmisión de las peticiones de extradición, así como de los documentos adjuntos a las mismas y que para ello conviene recurrir a las modernas técnicas de transmisión,

Acuerdan lo siguiente:

Artículo 1.

1. Para la aplicación de los Convenios de extradición vigentes entre los Estados miembros, cada Estado contratante designará a la autoridad central o, cuando el sistema constitucional así lo prevea, a las autoridades centrales encargadas de transmitir y de recibir las peticiones de extradición y los documentos que deben presentarse para justificarlas, así como cualquier otro tipo de correspondencia oficial vinculada a la petición de extradición.

2. Cada Estado miembro llevará a cabo la designación a que hace referencia el apartado 1 en el momento de la ratificación, aprobación o aceptación del Acuerdo y podrá modificarse con posterioridad en cualquier momento. El depositario del Acuerdo comunicará a cada Estado contratante la designación, así como las modificaciones posteriores.

Artículo 2.

La petición de extradición y los documentos que se mencionan en el apartado 1 del artículo 1 podrán transmitirse por telecopia. Cada autoridad competente, con arreglo al artículo 1, dispondrá de un aparato que permita, mediante dicho sistema, la emisión y la recepción de estos documentos y se encargará de su correcto funcionamiento.

Artículo 3.

1. Para garantizar el origen y el carácter confidencial de la transmisión se utilizará un aparato criptográfico adaptado al telecopiador de la autoridad competente, con arreglo al artículo 1, cuando dicho aparato se destine a la aplicación del presente Acuerdo.

2. Los Estados contratantes convendrán las modalidades prácticas para la aplicación del presente Acuerdo.

Artículo 4.

Para garantizar la autenticidad de los documentos de extradición, la autoridad competente, con arreglo al artículo 1, del Estado solicitante declarará en su solicitud, que certifica la conformidad con los originales de los documentos que se transmitan para

justificar dicha solicitud y describirá su paginación. En caso de que la parte requerida cuestione la conformidad de los documentos con los originales, la autoridad competente, en virtud del artículo 1, del Estado requerido podrá reclamar a la autoridad competente del Estado solicitante la presentación, en un plazo razonable, de documentos originales o copia certificada de los mismos, por vía diplomática o por cualquier otra vía que se autorice de común acuerdo.

Artículo 5.

1. El presente Acuerdo queda abierto a la firma de los Estados miembros. Será sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación deberán depositarse en el Ministerio de Asuntos Exteriores de España.

2. El Acuerdo entrará en vigor noventa días después de la fecha del depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación por todos los Estados que en la fecha de apertura a la firma sean Estados miembros de las Comunidades Europeas.

3. Hasta la entrada en vigor del presente Acuerdo, cada Estado podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o en cualquier otro momento posterior, declarar que el Acuerdo será aplicable en lo que a él se refiere en sus relaciones con los Estados que hayan hecho la misma declaración después de la fecha del depósito.

4. Un Estado que no haya hecho declaración podrá aplicar el Acuerdo con otros Estados contratantes por medio de acuerdos bilaterales.

5. El Ministerio de Asuntos Exteriores de España notificará a todos los Estados miembros toda firma, depósito de instrumentos o declaración.

Artículo 6.

El presente Acuerdo está abierto a la adhesión de todo Estado que llegue a ser miembro de las Comunidades Europeas. Los instrumentos de adhesión se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores de España.

El presente Acuerdo entrará en vigor, para todo Estado que a él se adhiera, noventa días después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.

El Ministerio de Asuntos interiores de España enviará copia certificada conforme a los Gobiernos signatarios.

Hecho en Donostia-San Sebastián a 26 de mayo de 1989, en todas las lenguas oficiales, dando fe todos los textos por igual en ejemplar único, que se depositará en los archivos del Ministerio de Asuntos Exteriores de España.

**Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas
relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión
de las solicitudes de extradición, hecho en Donostia-San Sebastián,
el 26 de mayo de 1989**

Estados	Fecha de firma	Fecha depósito Instrumento
Alemania República Federal de	23-12-1992	
Bélgica.....	26- 5-1989	
Dinamarca (1).....	26- 5-1989	
España (2).....	26- 5-1989	23-12-1991 R
Francia.....	26- 5-1989	
Grecia	26- 5-1989	
Italia.....	26- 5-1989	
Luxemburgo (3).....	26- 5-1989	22- 4-1994 R
Países Bajos (4).....	26- 5-1989	18- 5-1994 R
Portugal.....	26- 5-1989	

(1) Dinamarca: «Con las reservas de derecho, en relación con la ratificación de hacer una reserva territorial referente a las islas Feroe y Groenlandia pero con la posibilidad de ampliar el Acuerdo más adelante para abarcar también a las islas Faroe y Groenlandia»

(2) España: A los efectos del artículo 1 del Acuerdo, el Gobierno español designa como autoridad central a «Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica-Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional)»

En 7 de abril de 1995 el Gobierno de España hizo la siguiente Declaración:

«Conforme al artículo 5, apartado 3, el Reino de España declara que el Acuerdo es aplicable en lo que a él se refiere en sus relaciones con los Estados que han hecho la misma declaración»

(3) Luxemburgo: En el momento del depósito del Instrumento de ratificación, el Gobierno de Gran Ducado de Luxemburgo hace las siguientes declaraciones:

1. Las funciones de autoridad central en el sentido del artículo 1 del Acuerdo son llevadas a cabo en el Gran Ducado de Luxemburgo por el Ministerio de Justicia.

2. El Acuerdo es aplicable respecto al Gran Ducado de Luxemburgo, en sus relaciones con los Estados miembros de las Comunidades Europeas que hagan la misma declaración.

(4) Países Bajos: En el momento del depósito del Instrumento de ratificación, el Gobierno de los Países Bajos hace las siguientes declaraciones:

«1. Conforme al artículo 1, apartado 2, el Reino de los Países Bajos designa como autoridades centrales, encargadas de enviar y recibir las solicitudes de extradición y los documentos en apoyo de éstas, así como la correspondencia oficial sobre una solicitud de extradición:

Para los Países Bajos: El Ministerio de Justicia en La Haya.

Para las Antillas neerlandesas: El Ministerio de Justicia en Wilemstad, Curaçao.

Para Aruba: El Ministerio de Justicia en Oranjestad, Aruba

2. Conforme al artículo 5, apartado 3 del Acuerdo, el Reino de los Países Bajos declara el Acuerdo aplicable a las relaciones del Reino de los Países Bajos (Países Bajos, Antillas neerlandesas y Aruba) con otros Estados que hayan prestado una declaración similar.»

Madrid, 30 de abril de 1995

El presente Acuerdo se aplica provisionalmente entre Luxemburgo y Países Bajos desde el 18 de mayo de 1994 y entre dichos Estados y España a partir del 7 de abril de 1995, de conformidad con el artículo 5.3 del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

**Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
(BOE de 23 de mayo de 1995).**

EXPOSICION DE MOTIVOS

I

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El artículo 125 de la Constitución española de 1978 establece que «los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

Nuestro texto constitucional cumple con ello lo que puede considerarse una constante en la historia del derecho constitucional español; cada período de libertad ha significado la consagración del jurado; así en la Constitución de Cádiz de 1812, y en las de 1837, 1869 y 1931, y por el contrario cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de los instrumentos de participación en los asuntos públicos.

Se retoma por tanto un instrumento de indiscutible raigambre liberal, y se hace desde el dato indiscutible de que, desde el primer esbozo de 1820 hasta su suspensión en el año de 1936, pocas instituciones jurídicas han padecido —y por tanto han sido enriquecidas— con una depuración crítica tan acentuada como el Tribunal del Jurado, lo que ha permitido extraer la masa ingente de datos sueltos, experiencias y precedentes que han facilitado la captación íntegra de la Institución.

Por encima de concepciones pro o antijuradistas, nuestra Norma Fundamental enraza el instrumento del jurado de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: La participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del artículo 23.1 de la Constitución española, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del 24.2 de nuestro texto fundamental.

En efecto, nos encontramos, de una parte ante una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente a la condición de jurado. De ahí que deba descartarse el carácter representativo de la Institución y deba reconocerse exclusivamente su carácter participativo y directo.

Por ello, puede predicarse que el Instituto que se regula difiere de otros modelos por la forma peculiar en que se articula el derecho-deber del ciudadano a participar de manera directa en un poder real del Estado; nos encontramos ante un derecho-deber, lo que tiene reflejo en el texto legal al adoptar medidas coercitivas que aseguren el cumplimiento de la obligación y, consiguientemente, el establecimiento de aquellas otras encaminadas a mitigar, en lo posible, la excesiva onerosidad del cumplimiento del deber, a través de la retribución de la función y la indemnización de los gastos ocasionados por su ejercicio. La Ley parte de la concepción de que el Estado democrático se caracteriza por la participación del ciudadano en los asuntos públicos. Entre ellos no hay razón alguna para excepcionar los referidos a impartir justicia, sino que por el contrario se debe establecer un procedimiento que satisfaga ese derecho constitucional de la forma más plena posible.

No se trata, en definitiva de confiar en la capacidad de los ciudadanos, como si fuera tolerable en un sistema democrático la alternativa negativa. Se trata sólo de tener por superadas cualesquiera razones explicativas no ya de su discutible fracaso histórico, sino de su autoritaria y antidemocrática suspensión.

Pero la institución del Jurado es al mismo tiempo y de forma complementaria, una manifestación del artículo 24 de la Constitución que declara que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley; cumple por tanto una función necesaria para el debido proceso, pero lo hace desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués; no hay reticencia alguna al Juez profesional; no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar.

El artículo 125 de la Constitución supone en definitiva un inequívoco emplazamiento constitucional que fuerza el largo paréntesis de limitadas vivencias y expectativas de participación del ciudadano en los asuntos públicos, y en el que la institución del Jurado reaparece con una renovada carga de sugerencias y matices capaces de dar sentido y proyección a la realidad social, hoy suficientemente contrastada, que demanda un cambio urgente en los modos de administrar justicia.

Su desarrollo no es, en consecuencia, tan sólo un imperativo constitucional, sino que es una urgente necesidad en cuanto que pieza decisiva de una reforma en profundidad del conjunto de la Administración de Justicia, que es sentida como necesidad inaplazable por buena parte de los ciudadanos.

Esta realidad ha sido también reconocida por el Consejo General del Poder Judicial. Así, en las memorias elaboradas en los años 1991 y 1992 y en la Relación Circunstanciada de las Necesidades de la Administración de Justicia para el año 1993, en el epígrafe referente a las modificaciones legislativas que estimaba convenientes para el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional tendentes a conseguir una agilización de los procesos, al referirse al proceso penal, destaca que «la implantación del Jurado, prevista en el artículo 125 de la Constitución española, requerirá una sustancial modificación de la institución mediante su incardinación en el sistema procesal, sin que ello suponga un elemento retardatorio de la justicia penal».

Con la aprobación de esta Ley se da un paso cualitativo más, desde una perspectiva técnica legal, encaminada a cerrar el modelo básico de la Justicia diseñado por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, facilitando la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. El establecimiento del Tribunal del Jurado debe ser considerado como uno de los contenidos constitucionales aún pendientes de desarrollo. Con su regulación en esta Ley se da cumplimiento a un mandato constitucional tantas veces diferido y se establece una de las piezas básicas en el funcionamiento de la Administración de Justicia diseñado por el constituyente.

II

LOS CIUDADANOS JURADOS

Ya hemos advertido que la presente Ley parte de que el Jurado implica una manifestación del derecho de participación, y ello determina sin duda que las cuestiones verdaderamente esenciales a dilucidar sean la del ámbito de conocimiento del Tribunal del Jurado y, dentro de éste, la función que viene reconocida a los ciudadanos participantes.

Una elemental prudencia aconseja la graduación en el proceso de instauración de la Institución, tanto a la hora de seleccionar el número de asuntos, cuanto la naturaleza de éstos. Razones para su adecuada implantación aconsejan que todos los que han de intervenir en este tipo de procesos se familiaricen con sus peculiaridades tan distintas a la actual manera de celebrarse los juicios. La concreción del objeto del juicio, las alegaciones

de las partes, el material probatorio a atender, el lenguaje a utilizar, el contenido mismo de las resoluciones deben variar sustancialmente.

La Ley tiene muy en cuenta que el juicio por Jurados constituye expresión plena de los principios básicos procesales de inmediación, prueba formada con fundamento en la libre convicción, exclusión de pruebas ilegales, publicidad y oralidad. Por ello se han seleccionado aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial.

El ámbito competencial correspondiente al Tribunal del Jurado se fija en el artículo 1. Sin embargo, el futuro legislador valorará sin duda, a la vista de la experiencia y de la consolidación social de la institución, la ampliación progresiva de los delitos que han de ser objeto de enjuiciamiento.

La conformación del colegio decisor dentro del Tribunal del Jurado requiere una respuesta legislativa cuyo acierto no pasa necesariamente por resolver la vieja cuestión lógica sobre la escindibilidad entre el hecho y el derecho.

Los autores de nuestra vieja Ley de Jurado, vinculando el origen histórico del instituto al testimonio de los vecinos como fórmula de decidir el litigio, patrocinaron para el ciudadano jurado una intervención limitada a la proclamación del hecho probado.

Tal origen es discutible y, además, no siempre es posible decidir sobre la veracidad de una afirmación histórica, presupuesto típico del delito, sin pensar en valoraciones jurídicas. Pero, en todo caso, y ello es lo más relevante, el modelo ahora propuesto en la Ley alcanza una profundidad legitimadora entonces inatendida. Por eso, en la Ley, el Jurado no se limita a decidir si el hecho está o no probado, sino que valora aspectos como son los componentes normativos que dan lugar a la exención o no de la responsabilidad penal.

En la Ley, la opción adoptada respecto al proceso selectivo de los jurados es coherente con la consideración de que su participación constituye un derecho-deber. La ciudadanía, en las condiciones que habilitan para el pleno ejercicio de los derechos cívicos, constituye el índice de la capacidad presunta no necesitada de otras exclusiones o acreditaciones de capacidad probada, salvo aquellas que notoriamente impedirían el ejercicio de la función de enjuiciamiento.

La conveniencia de una participación lo más aceptada posible, lleva a reconocer un régimen de excusas generoso y remitido a la prudencia de la jurisdicción que ha de apreciarlas.

El sistema selectivo se caracteriza: a) por la sucesión de etapas que permitan garantizar la presencia de candidatos en número adecuado para evitar suspensiones en los señalamientos y el anticipado conocimiento por aquéllos de su eventual llamada a intervenir; b) por la transparencia y publicidad del proceso selectivo en que se insertan no sólo los mecanismos que permitan detectar las causas de exclusión, sino las garantías jurisdiccionales tanto para el candidato como, en momento ulterior, para las partes en el juicio; c) por el sorteo a partir de las listas censales como sistema, no sólo democrático en cuanto excluye criterios elitistas —ni aún a fuero de científicos—, sino coherente con el fundamento mismo de la participación.

Se ha considerado que, si se admitiese en esta Ley un criterio de exclusión, diverso del antes indicado, so pretexto de alcanzar un plus de capacidad sobre la presunta derivada de la inclusión en el censo, se estaría distorsionando el concepto mismo de pueblo.

Pero ello no debe impedir una cierta conciliación entre el derecho a participar en el sorteo con el derecho de las partes a procurar un cierto pluralismo en el colegio jurisdiccional. En alguna medida a ello tiende el número de jurados a designar (nueve), pero lo hace aún más la posibilidad de que las partes puedan recusar sin necesidad de alegar causa atendiendo a subjetivas valoraciones acerca de los criterios de decisión del candidato. Aunque esta posibilidad haya de someterse a fuertes limitaciones de número que eviten los funestos resultados producidos en la experiencia histórica.

III

NECESARIAS REFORMAS PROCESALES COMO GARANTIA DE LA VIABILIDAD DEL FUNCIONAMIENTO DEL JURADO

1

En la denominada fase intermedia

Algunos han proclamado que cualquier especialidad procedimental debe comenzar allí donde empieza la intervención del Jurado, esto es, en la fase de juicio oral. Se ha sostenido que si el Jurado se limita a intervenir en el juicio oral, no debe modificarse el modelo acusatorio formal o mixto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tal opinión hace caso omiso de obligadas consideraciones:

a) El actual sistema de enjuiciamiento mediante jueces técnicos se sustenta sobre premisas normativas difícilmente trasladables al juicio oral ante el Tribunal del Jurado, que de mantenerse podría determinar el fracaso del enjuiciamiento por ciudadanos no profesionalizados. Las modificaciones necesarias deberán inexorablemente proyectarse sobre la fase preparatoria del juicio oral.

b) Nuestro Tribunal Constitucional ha venido estableciendo un cuerpo de doctrina que no sólo resulta enriquecedora, por enervar tradicionales defectos de nuestra ley procesal, sino que sería difícilmente tolerable ignorarla en la Ley.

Se quejaba Alonso Martínez de la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. La presente Ley concibe que el juicio oral ante el Tribunal del Jurado debe culminar la erradicación de esa malformación procesal mediante la práctica ante él de toda la prueba.

El consiguiente riesgo de prolongación excesiva del acto del juicio aconseja la introducción de mecanismos de simplificación. De ellos el más esencial es la precisa definición del objeto del enjuiciamiento que habrá de efectuarse en la fase precedente al mismo.

El vigente sistema de resolución sobre la apertura del juicio oral se manifiesta bajo dos modalidades procedimentales diferentes —según se trate de procedimiento ordinario o abreviado— aunque, en ambas se limita a una decisión meramente negativa que resulta disfuncional para el enjuiciamiento por jurado. Por ello, el modelo debía optar por uno u otro procedimiento, siendo difícilmente explicable que, trascendiendo la base intermedia o juicio de acusación a la de juicio, la unidad procedimental de ésta no exigiese igual unidad en aquélla.

De otra parte, el carácter meramente negativo de la decisión sobre la apertura del juicio oral resulta poco apto para la precisa definición del objeto del juicio, presupuesto imprescindible para asegurar un desarrollo de éste que garantice la ausencia de confusión de los hechos a probar, que evite las dilaciones inherentes a aquella falta de precisión objetiva y que, con la información adecuada e imparcialmente elaborada, permita prescindir de la no deseada «reproducción» del sumario o diligencias previas.

También ha proclamado nuestro Tribunal Constitucional la exigencia de promover, en la fase intermedia del procedimiento, el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de acusación y defensa.

Con tales precedentes la Ley ha considerado oportuno:

a) Optar por una resolución sobre la apertura del juicio oral precisa y fundada. Desde luego, conforme venía advirtiendo una parte de la doctrina, difícilmente puede efectuarse un control jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral sin la previa formalización de la acusación. De esta manera el control judicial previo sobre la razonabilidad de la acusación no se limita al reenvío. Por el contrario, el ámbito de decisión atribuido

al Órgano Jurisdiccional se incrementa pudiendo adoptar la decisión de sobreseimiento por cualquiera de sus motivos.

b) Tal control culmina no sólo decidiendo una genérica viabilidad del juicio oral sino precisando que hechos concretos, de los múltiples posibles alegados por acusación y defensa, deben constituir objeto de la actividad probatoria y determinantes para su resolución en el juicio.

Debe retenerse que el contenido de la anterior decisión se erige en una de las más relevantes condiciones del éxito o fracaso de la Institución.

c) A su vez el contenido y función de tal resolución se relaciona, en mutua exigencia, con la exclusión del auto de procesamiento, que vendría exigido por la necesaria unidad de sistema en lo concerniente a la inculpación.

2

En la fase de instrucción

La opción que acoge la Ley sobre el sistema para adoptar la decisión que remite a juicio oral, se proyecta sobre la fase del procedimiento que le precede:

a) Por la garantía de imparcialidad del órgano jurisdiccional que se refuerza especialmente. Así deberá valorarse la suficiencia y aún el éxito de la investigación, pero atendiendo, a la vez, a pretensiones y resistencias contrapuestas o de signo contrario, formuladas las unas por la acusación, las otras por la defensa. Se valorará, asimismo, la probabilidad de veracidad de unas afirmaciones históricas y aun de la trascendencia en cuanto a la calificación jurídica.

El modelo que se adopta exige, por elemental coherencia, permitir, tan pronto como conste la imputación de un hecho justiciable determinado a persona concreta la reubicación del Juez de Instrucción que luego habrá de resolver sobre la apertura del juicio oral, en una reforzada posición de imparcialidad, con la función de controlar la imputación del delito mediante la previa confirmación de su verosimilitud y con la facultad de investigar de forma complementaria sobre los hechos afirmados por las partes.

Lo que es ineludible es que una excesiva tendencia hacia pesquisas generales, incabables en el tiempo, no contribuya al fracaso de la viabilidad del enjuiciamiento por Jurado.

De otra parte, mal puede admitirse el reproche de que el sistema que acoge la Ley dejase sin mecanismo de efectividad el principio de obligatoriedad de la acción penal. Dejando a un lado lo que hay de acusación indiscriminada sobre una posible actitud de inhibición del Ministerio Fiscal, tal reproche olvida que para iniciarse este procedimiento tiene que haber precedido denuncia o querrela de alguien que, de no ser el Ministerio Fiscal, bien puede, dada la afortunada previsión constitucional de la acción popular, suplir la falta de instancia del acusador público. Y a tal fin tiende la convocatoria a la acción pública que el Juez discrepante puede hacer al modo previsto para la fase intermedia en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del procedimiento ordinario.

Se olvida cuando se reprocha la habilitación del Juez Instructor en la determinación del hecho y persona a investigar, que otro tanto ocurre en el actual sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que, en definitiva, sólo será objeto y sujeto pasivo en el juicio oral cuanto venga determinado previamente por la acusación. La Ley sigue en este punto idéntico principio al acogido por la vigente legislación procesal.

b) Por la exigencia de imputación judicial previa a toda acusación, ya que la decisión sobre la apertura del juicio oral exige como presupuesto que se haya formalizado tal exigencia.

Ya denunciaba el Tribunal Constitucional cómo durante casi un siglo el sistema procesal permitía, entre nosotros, que el Juez Instructor inquirese sin comunicar lo que buscaba e interrogaba a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de

él, sin hacer posible su autodefensa y sin proveerle de asistencia de letrado. La Constitución de 1978 y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 53/1978 obligaron a un sesgo crucial. El Tribunal Constitucional reconoció la nueva categoría de imputado a toda persona a quien se atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible.

La presentación de denuncia o querrela o la existencia de una actuación procesal en curso de la que derive la atribución de un hecho delictivo a persona determinada, ha de ser objeto de una imprescindible valoración circunstanciada por el Juez para decidir sobre el seguimiento de causa penal. Tal decisión no podrá demorarse arbitrariamente, debiendo sancionarse, conforme a aquella doctrina, como nulas e ilícitas las investigaciones verificadas sin esa previa comunicación, cuando correspondiera.

La relación de la referida doctrina con la que promueve el debate en condiciones de igualdad y con la que exige que quien va a realizar funciones de enjuiciamiento no formule acusaciones, han determinado que la Ley se decante por una instrucción que, desde el momento en que el hecho justiciable y la persona sean determinadas y corresponda este procedimiento, obliga a:

a) que alguien ajeno al Juez formule una imputación, precisamente antes de iniciar la investigación,

b) que la prosecución de ésta exija una valoración por un órgano jurisdiccional precedida de la oportunidad de debate entre las partes,

c) que durante la investigación que el Juez estime razonable seguir, éste mantenga una posición diferenciada de la de las partes, y

d) que sea este Juez, así preservado en una cierta imparcialidad, el que controle la procedencia de la apertura o no del juicio oral, de manera positiva y no solo negativa, con precisión del objeto del juicio y decisión de la información necesaria a remitir al Tribunal del Jurado que, sin embargo, impida la disposición del material sumarial que podría limitar la efectiva incidencia de los principios de oralidad, inmediación y celeridad necesarios en dicho enjuiciamiento.

IV

EL JUICIO ORAL

1

Cuestiones previas

La preocupación por una adecuada preparación del juicio oral obstinadamente dirigida a impedir su fracaso, lleva en la Ley a intensificar el papel asignado al Magistrado en ese preámbulo de la celebración del juicio oral ya abierto.

La decisión, adoptada por el Instructor sobre la apertura del juicio oral, puede, sin duda, ser objeto de la discrepancia de las partes. La que concierne a la procedencia o no del juicio recibe un tratamiento en la Ley similar al de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; apelación contra el sobreseimiento e irrecurribilidad de la apertura, sin perjuicio de que en este último supuesto las partes al personarse puedan plantear las cuestiones previas o excepciones a que se refiere el artículo 36 de la Ley.

Pero la discrepancia puede suscitarse en relación a aspectos particulares de la resolución referidos al objeto del juicio y en este supuesto la técnica del recurso resulta innecesariamente dilatoria, ya que el mismo objetivo puede lograrse mediante el planteamiento de la reclamación como cuestión previa al Magistrado que ha de presidir el Tribunal.

Esa facultad revisora se complementa en la Ley con la de dirección del debate que se traduce en la formulación, ajustada a la estructura del veredicto de su objeto.

La decisión sobre la admisión de la prueba, supeditada a su pertinencia, viene atribuida en la Ley al Magistrado que anteriormente ya ha configurado el objeto del juicio y con ello los hechos objetivos de prueba, y a él también le corresponde valorar la imposibilidad del aplazamiento que exija la práctica anticipada y, en definitiva, resolver sobre las eventuales alegaciones de ilicitud probatoria.

2

Constitución del Tribunal del Jurado

El Tribunal del Jurado no constituye y ello es una de sus notas más definidoras; un órgano jurisdiccional permanente, lo que exigió siempre el señalamiento del período durante el cual el constituido iba a conocer. De esa manera las causas a conocer se determinaban en función de dos datos; el tiempo para el que se había conformado el Tribunal y el Partido Judicial de procedencia de las causas.

El primer criterio ha sido sustituido en la Ley por la conformación de un Jurado para cada causa acentuándose así la nota de temporalidad del órgano judicial. Varias razones aconsejan esta solución. La primera que, al menos, en el inicio de la reinstauración de la Institución, no se haga recaer sobre unos pocos Jurados la carga de examinar todas las causas a enjuiciar en un período, repartiéndose entre más ciudadanos esa labor. La segunda que, de la forma propuesta se contribuya, por efecto de una mayor rotación en el desempeño de la función, al logro de uno de los efectos más beneficiosos de la Institución, a saber: que la experiencia del ejercicio de la función de juzgar actúe como escuela de ciudadanía para el mayor número posible de ciudadanos.

Mantener una disposición que fija los períodos de sesiones ha perdido hoy su carácter necesario. Sin embargo, mantiene con ella no sólo el efecto simbólico, recordando esa transitoriedad de la función judicial en el ciudadano, sino también una pauta de organización de señalamientos. Conforme a ella podrá efectuarse el sorteo con tiempo suficiente para un determinado período en un solo acto. Al mismo tiempo, nada impedirá, al conformarse Jurados por cada causa que, la naturaleza y circunstancias de ésta, aconsejen un sorteo preconstituyente del Tribunal en fecha a señalar prudentemente por el Magistrado-presidente.

No menor transcendencia tiene la segunda opción adoptada en la Ley en relación con el origen de los candidatos a jurado. La vecindad ha sido históricamente una de las notas esenciales de los llamados a juzgar como jurados. De ahí que éstos hayan de ser, si no de la localidad o del partido judicial, al menos de la provincia en cuyo territorio el hecho ha tenido lugar.

La prudencia aconseja la apertura de tiempos hasta donde sea posible que permitan la anticipada comunicación de cualquier causa que pueda implicar el defecto de número de jurados hábiles el día señalado para el juicio. A ello responde en la Ley con la ausencia de rígidas preclusiones y la anticipación en la formación de listas de candidatos a jurado, así como, la previsión de la reiteración de sorteos antes de dicho día.

La Ley prevé la posible recusación por las partes presentes en el inicio de las sesiones. El fundamento de la recusación admitida, incluso sin alegación de causa por el recusante, no es otro que el de lograr, no ya la imparcialidad de los llamados a juzgar, sino que tal imparcialidad se presente como real ante los que acuden a instar la Justicia. Pero tal ideal, que exigiría la inexistencia de límites en la recusación, ha de conciliarse con las exigencias de que la Institución no se vea frustrada en su funcionamiento efectivo.

3

El debate

Aun cuando la Ley apenas se limita a una remisión a las normas comunes, sería un error olvidar que precisamente en la dirección del debate del juicio oral se encuentra una de las claves esenciales de éxito o fracaso de la Institución. Si hubiere de fracasar, quizás fuere tan imputable a la falta de acierto del Juez técnico en la preparación del juicio a que le emplaza la Ley, como al ciudadano no profesional que carezca de la aptitud necesaria para el desempeño de la función que aquélla le asigna.

La brevedad de la remisión en este apartado viene permitida porque antes, como se expuso, la Ley se ha preocupado de resolver aspectos esenciales. De una parte, la minuciosa precisión del «*thema probandi*», rígida e inteligible referencia que debe guiar inexorablemente lo que en el juicio oral pueda ocurrir. Aquella determinación del objeto del juicio, precisamente articulada en la forma en que debe ser examinada la prueba para la emisión del veredicto, y en lenguaje inteligible al ciudadano no profesional, se presenta en la Ley como preferible a las experiencias de ilustración al Jurado mediante notas o relaciones.

De otra, la exclusión de la presencia, incluso física, del sumario en el juicio oral evita indeseables confusiones de fuentes cognoscitivas atendibles, contribuyendo así a orientar sobre el alcance y la finalidad de la práctica probatoria a realizar en el debate.

La oralidad, inmediación y publicidad en la prueba que ha de derogar la presunción de inocencia lleva en la Ley a incidir en una de las cuestiones que más polémica ha suscitado cual es la del valor probatorio dado a las diligencias sumariales o previas al juicio y que se veta en el texto del mismo.

Un aspecto que merece especial consideración es la participación del Jurado en la actividad probatoria. De la misma manera que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal ha optado por una transacción entre el principio de aportación de parte y el de investigación de oficio, autorizando al Tribunal a contribuir a la producción de medios de prueba en el juicio oral, se traslada esa posibilidad al Jurado que es precisamente quien tiene ahora la responsabilidad de la valoración probatoria sobre la veracidad de la imputación.

4

La disolución del Jurado

La disolución del Jurado, sin duda, constituye una de las más llamativas novedades respecto de nuestra experiencia histórica. La proclamación constitucional del derecho fundamental a la presunción de inocencia no podía dejar de proyectar su influencia en la Ley proyectada. Una influencia que es tributaria en buena parte del modelo en que aquella garantía constitucional surgió.

Como antecedente en el derecho comparado, cabe así citar la previsión de las reglas federales para el procedimiento criminal en los Estados Unidos de América que permiten instar la disolución del Jurado después de terminada la prueba de ambas partes, si dicha prueba fue insuficiente para sostener la convicción por dicho delito o delitos.

Sin duda el alcance y efectos del derecho que garantiza el artículo 24.2 de nuestra Constitución es discutible y discutido. La Ley parte de dos premisas: a) la distinción en el contenido de la garantía de un aspecto objetivo concerniente a la existencia de una verdadera prueba y otro subjetivo, referido al momento de valoración de aquélla; y b) la distribución de funciones entre el Magistrado y los Jurados, atribuyendo al primero el control de aquella dimensión objetiva como cuestión jurídica.

Tal control se resuelve en la Ley en consideraciones sobre la licitud u observancia de garantías en la producción probatoria. Aunque también en la apreciación objetiva sobre la existencia de elementos incriminadores. No tanto de la suficiencia para justificar la condena. Esta forma parte también del contenido del derecho fundamental pero exige ya la labor de valoración del medio de prueba lo que corresponde al Jurado.

En definitiva, el criterio que separa la valoración de la existencia de prueba respecto del de la suficiencia de la misma, puede ser el imperante en la jurisprudencia del ámbito cultural del que es oriunda la garantía: no existirá prueba si, ni aún en la interpretación de la practicada más favorable a las tesis de la acusación, ésta habría de ser rechazada.

Limitada la atribución del Magistrado a un aspecto tan evidente, no resulta extemporánea al final del debate. Ciertamente que antes ya se habrá valorado por el Juez la existencia de indicios que justificaron la apertura del juicio oral, por lo que puede caerse en el error de creer que la mínima actividad probatoria, lícita y de cargo ha sido ya alcanzada. Una tesis tal desconocería que hasta el juicio oral no existe verdadera prueba, que la valoración de su existencia como tal corresponde al órgano del juicio y, lo importante, que en el juicio, durante todo él, se pueda poner de manifiesto la ilegalidad o la absoluta falta de fuerza incriminadora de los medios de prueba de que se dispuso.

También aconseja tal medida la experiencia histórica que da noticia de uno de los reproches más generalizados respecto al funcionamiento del Jurado: la emisión de veredictos sorprendentes. Una vez más la Ley deposita un alto grado de confianza en la magistratura como garantía del buen funcionamiento de la Institución.

V

EL VEREDICTO

1

El objeto

Entendió Alonso Martínez que extender la competencia al «*nomen iuris*» del delito era manifestación de la confusión entre el hecho y el derecho y, aún más, suponía la invasión por el Jurado de facultades del legislador. Ni esto último parece fácilmente compatible, ni la escisión de lo histórico y lo normativo en el enjuiciamiento es fácil. Por otro lado, ha sido constante el reproche por la ausencia de motivación hacia sistemas organizativos del jurado que admiten la emisión de veredicto por sólo ciudadanos.

A una y otra objeción trata de dar prudente respuesta la Ley. De una parte, porque el hecho no se estima concebible desde una reduccionista perspectiva naturalista, sino, precisa y exclusivamente, en cuanto jurídicamente relevante. Un hecho, en una concreta selección de su proteica accidentalidad, se declara probado sólo en tanto en cuanto jurídicamente constituye un delito.

Privar al Jurado de la toma en consideración de ese inescindible vínculo entre la configuración del dato histórico y su consecuencia normativa es, por un lado, inútil ya que el debate le habrá advertido de la consecuencia de su decisión sobre la verdad proclamada y no podrá omitir en su decisión la referencia de las consecuencias de su veredicto pretendidamente sólo fáctico.

Pero, además, con tal escisión se reproduciría una de las causas de mayor reproche al Tribunal del Jurado en nuestra experiencia. La difícil articulación de las cuestiones, con exclusión de los proscritos aspectos de técnica jurídica, produjo constantes debates sobre la corrección de los veredictos y sentencias.

También era necesario optar entre el sistema de respuesta única o articulación secuencial. Aquella fórmula se acomoda más a una concepción ajena al de plena vigencia

y supremacía del principio de legalidad. Allí donde el Jurado puede, desde la irresponsabilidad, sustituir el genérico y apriorístico criterio del legislador por su concepción en el caso concreto, el apodíctico veredicto no está necesitado ni de articulación ni de motivación.

En nuestro sistema el Jurado debe sujetarse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es posible de control en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó.

Y a ello tiende la Ley:

a) Confirmando al Magistrado la articulación racional de los hechos a proclamar como probados en una secuencia lógica.

b) Reclamando como criterio la necesaria inequívocidad de la cuestión.

c) Permitiendo al Jurado una flexibilidad, que, sin abdicar de la obligada respuesta a la cuestión que le es formulada, pueda introducir las matizaciones o complementos que permita adecuar el veredicto a su conciencia en el examen del hecho. Lo que, además, conseguirá evitar previsibles veredictos sorprendentes de inculpabilidad a que llevaría la rigidez en la exigencia de respuesta que situase al Jurado en insostenibles incomodidades para expresar su opinión. Con ello se elude el catálogo de preguntas a contestar con monosílabos, porque éste no puede recoger la total opinión del Jurado, pero se evita el sistema ya rechazado por una doctrina cualificada de conferir a éste la carga de la redacción del hecho probado.

d) Exigiendo del Jurado que su demostrada capacidad para decidirse por una u otra versión alcance el grado necesario para la exposición de sus motivos. Bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy, la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de esos argumentos es necesaria. Y desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere especial artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario.

e) Añadiendo a ese contenido el pronunciamiento sobre la valoración que el hecho merece en función de su tipificación legal. Para tal pronunciamiento, no estribará tanto la dificultad en una tarea de calificación técnica del hecho, como en optar en las diversas versiones de éste. Una vez más la prudencia y buen hacer del Magistrado viene a constituir una garantía del éxito del modelo.

f) La conformación del objeto del veredicto no puede prescindir de la consideración del objeto del proceso como vinculado a las alegaciones de todas las partes, a los intereses de la defensa y de la acusación y, también, al derecho de éstas a participar en la definitiva redacción a medio de la oportuna audiencia.

2

Instrucciones

En ellas radica otra de las condiciones del éxito o fracaso del enjuiciamiento por Jurado. Pero su justificación, que no es otra que suplir las deficiencias que puedan derivarse del desconocimiento técnico de la Ley, impide que puedan extenderse a aspectos en los que los Jurados deben y pueden actuar con espontaneidad.

Por ello se estima adecuado suprimir entre sus contenidos uno cuya inclusión determinó una gran polémica en nuestra pasada experiencia histórica: el resumen de la prueba practicada.

Sin embargo el asesoramiento técnico no puede prescindir de la advertencia de no atendibilidad de aquellas actividades probatorias que adolezcan de defectos legales que obligan a desecharlas. En la medida en que las instrucciones tienen consustancial transcendencia en la determinación del veredicto, parece oportuno que se sometan al control de las partes para que éstas resulten convencidas de la imparcialidad de aquéllas y, si no, dispongan de la oportunidad de combatir la infracción.

Necesidad de instrucción y espontaneidad del Jurado son objetivos que pueden estorbarse y que hacen necesaria su conciliación. Así, aun cuando el Jurado debe reunirse para deliberar sin interferencias mediatizadoras, no se ha querido prescindir de la permanente disponibilidad de acceso al asesoramiento que, libremente, quieran exigir.

Especial consideración merece la posibilidad que se permite en la Ley para que, aun sin mediar petición de los Jurados, pueda el Magistrado impartir aquellas instrucciones que tienden a evitar una innecesaria prolongación de la deliberación. Se trata de evitar que la inexperiencia de los deliberantes unida a su reticencia a instar la instrucción, produzca una injustificada dilación en la emisión del veredicto que afectaría al prestigio de la Institución.

3

Deliberación y votación

El secreto de la deliberación no ha de impedir la imprescindible responsabilidad de los jurados. Por ello la votación se impone nominal lo que permite identificar la abstención prohibida en la Ley.

Sin duda la regla de decisión que exige la unanimidad en el sentido de la misma para tener por producido el veredicto, se presenta como la más adecuada para compeler a los jurados a un debate más rico. Sin embargo tal regla lleva implícito un elevadísimo riesgo de fracaso de no alcanzarse tal unanimidad. Una adecuada transacción entre los objetivos de una deliberación indirectamente orientada a la votación desde su inicio, por formación de fáciles mayorías simples, y la evitación de excesivas disoluciones del Jurado, que puedan venir motivadas por la simple e injustificable obstinación de uno o pocos jurados, ha aconsejado, al menos en el inicio del funcionamiento de la Institución, una regla de decisión menos exigente.

Para el adecuado funcionamiento de la Institución la Ley rechaza la posibilidad, históricamente admitida, de devolución del veredicto por discrepancia en el sentido del mismo. Pero ello no debe impedir que la presencia en él de defectos, de los que darían lugar a su revocación por vía de recurso dada su oposición a la Ley, pueda subsanarse mediante la intervención del Magistrado, con la presencia de las partes haciendo presente dichos defectos e indicando lo necesario al Jurado para dicha subsanación.

VI

SENTENCIA

La vinculación del Magistrado por el veredicto se refleja en la recepción que de éste ha de hacerse en la sentencia y en el sentido absolutorio o condenatorio del fallo. El Magistrado, vinculado también por el título jurídico de la condena, procederá a la calificación necesaria para determinar el grado de ejecución, participación del condenado y sobre la procedencia o no de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y, en consecuencia, a la concreción de la pena aplicable.

Es de resaltar que la preocupación en la Ley por la motivación de la resolución lleva también a exigir al Magistrado que, con independencia de la motivación que los jurados hagan de la valoración de la prueba existente, aquél ha de motivar por qué consideró que existía dicha prueba sobre la que autorizó el veredicto. De esta suerte pretende la Ley obstar las críticas suscitadas en torno a la fórmula de separación del colegio decisor, tanto en lo relativo a la inescindibilidad del hecho y del derecho, como en lo concerniente a la supuesta irresponsabilidad por falta de motivación en el veredicto y sentencia, que, se dice, deberían ser inherentes a dicho sistema.

VII

MODIFICACIONES DE CUERPOS LEGALES
Y ESPECIALIDADES PROCESALES

1

Régimen del antejuicio

El artículo 410 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, disciplina el antejuicio como un trámite precedente al objeto de exigir responsabilidad penal a Jueces o Magistrados, con arreglo al régimen previsto en los artículos 757 a 778 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, el legislador ha querido sustituir dicho antejuicio en las causas por delitos cometidos por Jueces, Magistrados o Fiscales atribuidas al conocimiento del Tribunal Jurado, por una especialidad que faculta al Juez de Instrucción para practicar las actuaciones de comprobación necesarias y resolver sobre la procedencia de la imputación.

2

Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Los criterios contenidos en la Ley recogen sustancialmente los principios que el artículo 83.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, remita a la futura Ley del Jurado, por lo que aprobada la completa regulación de esta Institución, resulta innecesaria tal previsión. Dado que la doctrina constitucional ha venido exigiendo un texto normativo unitario para el desarrollo del artículo 122.1 de la Constitución, se ha procedido a modificar el referido precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la medida que la presente Ley afecta a las competencias y funciones de los órganos jurisdiccionales, estableciendo en el artículo 83.2 la obligada referencia a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

3

El Ministerio Fiscal en la fase de instrucción

Si bien debe corresponder al Juez la realización de los actos sumariales, las peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el Jurado y la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal. De esta forma, la incoación y su adaptación al nuevo procedimiento, así como la constitución del Ministerio Fiscal junto al Juez Instructor y la inmediata puesta en conocimiento de la imputación, en los términos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley, tienen también su marco procesal mediante la incorporación de sendas previsiones en el artículo 309, para el procedimiento ordinario, y en los artículos 780 y 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el abreviado.

Resulta coherente, por otra parte, con la remisión del artículo 36 de la Ley a los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la tramitación de incidentes por el planteamiento de cuestiones previas, adicionar al artículo 678 de la misma la exclusión de la posibilidad —en los procedimientos ante el Jurado— de reproducir en el juicio oral las cuestiones desestimadas. La misma coherencia se predica de la sustitución del recurso procedente contra el auto resolutorio de la declinatoria o de la admisión de

las excepciones del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que introduce el de apelación, en congruencia con la recurribilidad prevista contra las sentencias de la Audiencia Provincial.

4

Medidas cautelares

La introducción de un nuevo artículo 504 bis 2 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a la adopción de medidas cautelares de privación o restricción de la libertad, incorpora una necesaria audiencia del Ministerio Fiscal, las partes y el imputado asistido de letrado, inspirada en el principio acusatorio, y suprime la exigencia de ratificación del auto de prisión. De esta forma, la limitación de la iniciativa judicial se equilibra con la instauración de los beneficios del contradictorio, sin perjuicio del carácter reformable de las medidas adoptadas durante todo el curso de la causa.

5

Recursos de apelación y casación

El nuevo Libro V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado «De los recursos de apelación, casación y revisión», está encaminado a extender la apelación contra autos y sentencias derivados del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, así como para determinadas resoluciones del penal ordinario en los supuestos del artículo 676 de la norma procesal. La nueva apelación aspira a colmar el derecho al «doble examen», o «doble instancia», en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un tribunal superior, en función del carácter especial del procedimiento ante el Jurado, y sin perjuicio de la función propia que debe desempeñar, respecto de todos los delitos, el recurso de casación.

Para ello, la Ley adecua los motivos de impugnación previstos a ese carácter especialísimo del procedimiento y atribuye la competencia resolutive a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, lo cual, aparte de los necesarios ajustes en medios personales, responde a una ya antigua aspiración en la delimitación competencial para el conocimiento de la apelación.

CAPITULO I

Disposiciones generales*Artículo 1. Competencia del Tribunal del Jurado.*

1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas:

- a) Delitos contra la vida humana.
- b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos de omisión del deber de socorro.

- e) Delitos contra la intimidad y el domicilio.
 - f) Delitos contra la libertad.
 - g) Delitos contra el medio ambiente.
2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:
- a) Artículos 405 a 410, ambos inclusive (homicidio e infanticidio).
 - b) Artículos 362 a 366, ambos inclusive (infidelidad en la custodia de presos e infidelidad en la custodia de documentos).
 - c) Artículos 385 a 396, ambos inclusive (cohecho y malversación de caudales públicos).
 - d) Artículos 400 a 404 bis c), ambos inclusive (fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios y tráfico de influencias).
 - e) Artículo 489 ter (omisión del deber de socorro).
 - f) Artículos 490 a 492 bis, ambos inclusive (allanamiento de morada).
 - g) Artículo 493 (amenazas).
 - h) Artículos 553 bis a) 553 bis c), ambos inclusive (delitos medioambientales).
3. El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, de los Tribunales que corresponda por razón del aforamiento del acusado. En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.

Artículo 2. *Composición del Tribunal del Jurado.*

1. El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá.
- Si, por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado será el Presidente de la Sala o Sección de lo Penal del Tribunal Supremo o el Presidente del Tribunal Superior de Justicia o el Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal en quien deleguen éstos, respectivamente.
2. Al juicio del Jurado asistirán, además, dos jurados suplentes, a los que les será aplicable lo previsto en los artículos 6 y 7.

Artículo 3. *Función de los jurados.*

1. Los jurados emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justificable que el Magistrado-presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél.
2. También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado presidente hubiese admitido acusación.
3. Los jurados en el ejercicio de sus funciones actuarán con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley, a los que se refiere el artículo 117 de la Constitución para los miembros del Poder Judicial.
4. Los jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia en los términos del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán dirigirse a la Sala de Gobierno del correspondiente Tribunal Superior de Justicia a los fines en el mismo previstos.

Artículo 4. *Función del Magistrado-presidente*

El Magistrado-presidente, además de otras funciones que le atribuye la presente Ley, dictará sentencia en la que recogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda.

También resolverá, en su caso, sobre la responsabilidad civil del penado o terceros respecto de los cuales se hubiera efectuado reclamación.

Artículo 5. *Determinación de la competencia del Tribunal del Jurado.*

1. La determinación de la competencia del Tribunal del Jurado se hará atendiendo a la pena en abstracto que corresponda al presunto hecho delictivo, cualquiera que sea la participación o el grado de ejecución atribuido al acusado. No obstante, en el supuesto del artículo 1.1.a) sólo será competente si el delito fuese consumado.

2. La competencia del Tribunal del Jurado se extenderá al enjuiciamiento de los delitos conexos, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos: a) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos; b) que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello; c) que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1 de la presente Ley, no podrá enjuiciarse por conexidad el delito de prevaricación y aquellos del tos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado.

3. Cuando un solo hecho pueda constituir dos más delitos será competente el Tribunal del Jurado por su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.

Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento.

4. La competencia territorial del Tribunal del Jurado se ajustará a las normas generales.

CAPITULO II

Los jurados

SECCIÓN 1.ª DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 6. *Derecho y deber de jurado.*

La función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida y su desempeño un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta Ley.

Artículo 7. *Retribución y efectos laborales y funcionariales del desempeño de la función de jurado.*

1. El desempeño de las funciones de jurado será retribuido e indemnizado en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine.

2. El desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcional, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal.

SECCIÓN 2.ª REQUISITOS, INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES,
PROHIBICIONES Y EXCUSASArtículo 8. *Requisitos para ser jurado.*

Son requisitos para ser jurado:

1. Ser español mayor de edad.
2. Encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos políticos.
3. Saber leer y escribir.
4. Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido.
5. No estar afectado por discapacidad física o psíquica que impida el desempeño de la función de jurado.

Artículo 9. *Falta de capacidad para ser jurado.*

Están incapacitados para ser jurado:

1. Los condenados por delito doloso, que no hayan obtenido la rehabilitación.
2. Los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito.
3. Los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.

Artículo 10. *Incompatibilidad para ser jurado.*

Serán incompatibles para el desempeño de la función de jurado:

1. El Rey y los demás miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges.
2. El Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes, Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Directores generales y cargos asimilados. El Director y los Delegados provinciales de la Oficina del Censo Electoral. El Gobernador y el Subgobernador del Banco de España.
3. Los Presidentes de las Comunidades Autónomas, los componentes de los Consejos de Gobierno, Viceconsejeros, Directores generales y cargos asimilados de aquéllas.
4. Los Diputados y Senadores de las Cortes Generales, los Diputados del Parlamento Europeo, los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y los miembros electos de las Corporaciones locales.
5. El Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional. El Presidente y los miembros del Consejo General del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado. El Presidente y los miembros del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, y de los órganos e instituciones de análoga naturaleza de las Comunidades Autónomas.
6. El Defensor del Pueblo y sus adjuntos, así como los cargos similares de las Comunidades Autónomas.
7. Los miembros en activo de la Carrera Judicial y Fiscal, de los Cuerpos de Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Oficiales Auxiliares y Agentes y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como los miembros en activo de las unidades orgánicas de Policía Judicial y los Agentes de la Administración de Justicia. Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa y los Auxiliares de la Jurisdicción y Fiscalía Militar, en activo.

8. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en las Islas y en Ceuta y Melilla, así como los Gobernadores Civiles.

9. Los letrados en activo al servicio de los órganos constitucionales y de las Administraciones Públicas o de cualesquiera Tribunales, y los abogados y procuradores en ejercicio. Los catedráticos y profesores titulares de Universidades de disciplinas jurídicas o de medicina legal.

10. Los miembros en activo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

11. Los funcionarios de Instituciones Penitenciarias,

12. Los Jefes de Misión Diplomática acreditados en el extranjero, los Jefes de las Oficinas Consulares y los Jefes de Representaciones Permanentes ante Organizaciones Internacionales.

Artículo 11. *Prohibición para ser jurado.*

Nadie podrá formar parte como jurado del Tribunal que conozca de una causa en la que:

1. Sea acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil.

2. Mantenga con quien sea parte alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 219, en sus apartados 1 al 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan el deber de abstención de los Jueces y Magistrados.

3. Tenga con el Magistrado-presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa o con los abogados o procuradores el vínculo de parentesco o relación a que se refieren los apartados 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 11 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. Haya intervenido en la causa como testigo, perito, fiador o intérprete.

5. Tenga interés, directo o indirecto, en la causa.

Artículo 12. *Excusa para actuar como jurado.*

Podrán excusarse para actuar como jurado:

1. Los mayores de sesenta y cinco años.

2. Los que hayan desempeñado efectivamente funciones de jurado dentro de los cuatro años precedentes al día de la nueva designación

3. Los que sufran grave trastorno por razón de las cargas familiares.

4. Los que desempeñen trabajo de relevante interés general, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo.

5. Los que tengan su residencia en el extranjero.

6. Los militares profesionales en activo cuando concurren razones de servicio.

7. Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

SECCIÓN 3.ª DESIGNACIÓN DE LOS JURADOS

Artículo 13. *Listas de candidatos a jurados.*

1. Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo por cada provincia, dentro de los quince últimos días del mes de septiembre de los años pares, a fin de establecer la lista bienal de candidatos a jurados.

A tal efecto, los Presidentes de las Audiencias Provinciales, con una antelación mínima de tres días a la fecha prevista para el sorteo, determinarán y comunicarán al Delegado de aquella Oficina el número de candidatos a jurados que estimen necesario obtener por sorteo dentro de la provincia. Dicho número se calculará multiplicando por 50 el número de causas que se prevea vaya a conocer el Tribunal del Jurado, en estimación hecha atendiendo a las enjuiciadas en años anteriores en la respectiva provincia, más su posible incremento.

2. Los candidatos a jurados a obtener por sorteo se extraerán de la lista del censo electoral vigente a la fecha del sorteo, ordenada por municipios, relacionada, dentro de éstos, alfabéticamente y numerada correlativamente dentro del conjunto de la provincia. Dicha lista se remitirá para su anticipada exposición durante siete días a los respectivos Ayuntamientos.

El sorteo, que se celebrará en sesión pública previamente anunciada en un local habilitado al efecto por la correspondiente Audiencia Provincial, se desarrollará en la forma que reglamentariamente se determine.

3. Dentro de los siete días siguientes a la celebración del sorteo, cualquier ciudadano podrá formular, ante la Audiencia Provincial, reclamación contra el acto de sorteo.

La Audiencia, constituida por el Presidente y el Magistrado más antiguo y más moderno de los destinados en el Tribunal, y actuando como Secretario el del Tribunal o, en su caso, el de la Sección Primera, procederá a recabar informe del Delegado provincial de la Oficina del Censo Electoral y practicar las diligencias que estime pertinentes.

Antes del quince de octubre resolverá por resolución motivada no susceptible de recurso, comunicando lo decidido a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral para que, si así se resuelve, reitere el sorteo.

4. La Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral enviará la lista de los candidatos a jurados a la respectiva Audiencia Provincial quien la remitirá a los Ayuntamientos y al «Boletín Oficial, de la provincia correspondiente, para su debida exposición o publicación, respectivamente, durante los quince últimos días del citado mes de octubre. Igualmente, en dicho plazo, se procederá por el Secretario de la Audiencia Provincial, mediante oficio remitido por correo, a notificar a cada candidato a jurado su inclusión en la referida lista, al tiempo que se le hará entrega de la pertinente documentación en la que se indicarán las causas de incapacidad, incompatibilidad y excusa, y el procedimiento para su alegación.

Artículo 14. *Reclamaciones contra la inclusión en las listas.*

1. Durante los quince primeros días del mes de noviembre, los candidatos a jurados, si entendieren que concurre en ellos la falta de requisitos establecidos en el artículo 8, o una causa de incapacidad, incompatibilidad o excusa, podrán formular reclamación ante el Juez Decano de los de Primera Instancia e Instrucción del partido judicial al que corresponda el Municipio de su vecindad a efectos de su exclusión de la lista.

También podrá formular dicha reclamación cualquier ciudadano que entienda que alguno de los candidatos a jurados carece de los requisitos, de la capacidad o incurre en las causas de incompatibilidad a que se refieren los artículos 8, 9 y 10 de esta Ley.

2. Culminado el período de exposición, los Secretarios de los Ayuntamientos remitirán al Juez Decano de los del partido judicial relación de personas que, incluidas en la lista de candidatos a jurados, pudieran, en esa fecha, estar incursas en la falta de requisitos o causa de incapacidad o incompatibilidad a que se refieren los artículos 8, 9 y 10 de esta Ley.

Artículo 15. *Resolución de las reclamaciones.*

El Juez Decano dará traslado de la reclamación o advertencia, en su caso, al Interesado no reclamante, por tres días. Practicará las diligencias informativas que le propon-

gan y las que estime imprescindibles y dictará resolución motivada sobre cada una de las reclamaciones o advertencias efectuadas antes del día 30 del mismo mes de noviembre.

Si alguna fuese estimada, mandará hacer las rectificaciones o exclusiones que corresponda, comunicando su resolución a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral y notificándola al interesado. Contra dicha resolución no cabe recurso.

Artículo 16. *Comunicación y rectificación de las listas definitivas.*

1. Ultimada la lista definitiva por cada provincia, la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral la enviará al Presidente de la Audiencia Provincial respectiva, quien remitirá copia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y al Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Asimismo, remitirá copia a los Ayuntamientos de la respectiva provincia para su exposición durante los dos años de vigencia de la citada lista.

2. Los incluidos en la lista de candidatos a jurados podrán ser convocados a formar parte del Tribunal del Jurado durante dos años a contar del uno de enero siguiente. A tal efecto, tendrán la obligación de comunicar a la Audiencia Provincial cualquier cambio de domicilio o circunstancia que influya en los requisitos, en su capacidad o determine incompatibilidad para intervenir como jurado.

3. Asimismo, cualquier ciudadano podrá comunicar a la Audiencia Provincial las causas de incapacidad o incompatibilidad en que, durante el citado período, pueda incurrir el candidato a jurado. También el Alcalde del Ayuntamiento respectivo deberá comunicar esa incidencia, si de ella existiera constancia.

4. La Audiencia Provincial, con la composición prevista en el apartado 3 del artículo 13, practicará las diligencias informativas que estime oportunas y, tras oír, en su caso al interesado no reclamante, resolverá motivadamente, sin que contra su resolución quepa recurso, notificándolo al interesado y efectuando, en su caso, la exclusión oportuna en la lista de candidatos a jurados.

Artículo 17. *Alardes de causas y períodos de sesiones.*

Las Audiencias Provinciales, y, en su caso, la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, efectuarán, antes del cuadragésimo día anterior al período de sesiones correspondiente, un alarde de las causas señaladas para juicio oral, en las que hayan de intervenir jurados.

A ese efecto, los períodos de sesiones serán: 1) desde el 1 de enero al 20 de marzo; 2) desde el 21 de marzo al 10 de junio; 3) desde el 11 de junio al 30 de septiembre, y 4) del 1 de octubre al 31 de diciembre.

Artículo 18. *Sorteos de jurados para cada causa.*

Con anticipación de al menos treinta días al día señalado para la primera vista de juicio oral, habiendo citado al Ministerio Fiscal y representantes de las partes, el Magistrado que, conforme a las normas de reparto, haya de presidir el Tribunal del Jurado, dispondrá que el Secretario, en audiencia pública, realice el sorteo, de entre los candidatos a jurados de la lista de la provincia correspondiente, de 36 jurados por cada causa señalada en el período de sesiones siguiente. El sorteo no se suspenderá por la inasistencia de cualquiera de dichas representaciones.

Artículo 19. *Citación de los Jurados designados.*

1. El Secretario del Tribunal ordenará lo necesario para la notificación a los jurados de su designación y para la citación a fin de que comparezcan el día señalado para la vista del juicio oral en el lugar en que se haya de celebrar.

2. La cédula de citación contendrá un cuestionario, en el que se especificarán las eventuales faltas de requisitos, causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición que los jurados vienen obligados a manifestar así como los supuestos de excusa que por aquéllos puedan alegarse.

3. A la cédula se acompañará la necesaria información para los designados acerca de la función constitucional que están llamados a cumplir, los derechos y deberes inherentes a ésta y la retribución que les corresponda.

4. El citado cuestionario habrá de ser devuelto por correo con franqueo oficial dentro de los cinco días hábiles al de su recepción.

Artículo 20. *Excusa o advertencia de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.*

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la notificación, los designados podrán presentar excusa o deberán advertir de la falta de requisitos, causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición en ellos concurrente, ante el Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, acompañando la justificación documental que estimen oportuna.

Artículo 21. *Recusación.*

El Ministerio Fiscal y las partes, a quienes se ha debido entregar previamente el cuestionario a que se refiere el artículo anterior, dentro de los cinco días siguientes a ser notificadas del resultado del sorteo, podrán formular recusación por concurrir cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en esta Ley. También propondrán la prueba de que intenten valerse.

Cualquier causa de recusación de la que se tenga conocimiento en ese tiempo, que no sea formulada, no podrá alegarse posteriormente.

Artículo 22. *Resolución de las excusas, advertencias y recusaciones.*

El Magistrado presidente señalará día para la vista de la excusa, advertencia o recusación presentada, citando a las partes y a quienes hayan expresado advertencia o excusa. Practicadas en el acto las diligencias propuestas, resolverá dentro de tercero día.

Artículo 23. *Nuevo sorteo para completar la lista de jurados.*

1. Si, como consecuencia de la resolución anterior la lista de jurados de la causa quedase reducida a menos de veinte, el Magistrado presidente dispondrá que el Secretario proceda al inmediato sorteo, en igual forma que el inicial, de los jurados necesarios para completar dicho número, entre los de la lista bienal de la provincia correspondiente, previa convocatoria de las partes, citando a los designados para el día del juicio oral.

2. A los jurados así designados les será, asimismo, de aplicación lo dispuesto en los artículos 19 a 22 de esta Ley.

CAPITULO III

Del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado

SECCIÓN 1.ª INCOACIÓN E INSTRUCCIÓN COMPLEMENTARIA

Artículo 24. Incoación del procedimiento ante el Tribunal del jurado.

1. Cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, previa confirmación de su verosimilitud, procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado, cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de esta Ley, practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar.

2. La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será supletoria en lo que no se oponga a los preceptos de la presente Ley.

Artículo 25. Traslado de la imputación.

1. Incoado el procedimiento por delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, el Juez de Instrucción lo pondrá inmediatamente en conocimiento de los imputados. A tal efecto, les convocará en el plazo de cinco días a una comparecencia así como al Ministerio Fiscal y demás partes personadas. Al tiempo de la citación, dará traslado a los imputados de la denuncia o querrela admitida a trámite, si no se hubiese efectuado con anterioridad. El imputado estará necesariamente asistido de letrado de su elección o, caso de no designarlo, de letrado de oficio.

2. Si son conocidos los ofendidos o los perjudicados por el delito no personados, se les citará para ser oídos en la comparecencia prevista en el apartado anterior y, al tiempo de la citación, se les instruirá por medio de escrito, de los derechos a que hacen referencia los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si tal diligencia no se efectuó con anterioridad. Especialmente se les indicará el derecho a formular alegaciones y solicitar lo que estimen oportuno si se personan en legal forma en dicho acto y a solicitar, en las condiciones establecidas en el artículo 119 de aquella Ley, el derecho de asistencia jurídica gratuita.

3. En la citada comparecencia, el Juez de Instrucción comenzará por oír al Ministerio Fiscal y, sucesivamente, a los acusadores personados, quienes concretarán la imputación. Seguidamente, oírán al letrado del imputado, quien manifestará lo que estime oportuno en su defensa y podrá instar el sobreseimiento, si hubiere causa para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 637 ó 641 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

En sus intervenciones, las partes podrán solicitar las diligencias de investigación que estimen oportunas.

Artículo 26. Decisión sobre la continuación del procedimiento.

1. Oídas las partes y el Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción decidirá la continuación del procedimiento, o el sobreseimiento si hubiera causa para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 637 ó 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la procedencia de las diligencias interesadas. Además, podrá ordenar, como complemento de las solicitadas por el Ministerio Fiscal y demás partes, las diligencias que estime

necesarias limitadas a la comprobación del hecho justiciable y de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras.

2. Si el Ministerio Fiscal y demás partes personadas instan el sobreseimiento, el Juez podrá adoptar las resoluciones a que se refieren los artículos 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El auto por el que acuerde el sobreseimiento será apelable ante la Audiencia Provincial.

Artículo 27. Diligencias de investigación.

1. Si el Ministerio Fiscal o alguna de las partes solicitare la práctica de diligencias de investigación, el Juez las ordenará practicar, o practicará por sí, solamente si las estime imprescindibles para resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudieren practicarse directamente en la audiencia preliminar prevista en la presente Ley.

2. También podrán, el Ministerio Fiscal y las partes, solicitar nuevas diligencias dentro de los tres días siguientes al de la comparecencia o al de aquel en que se practicara la última de las ordenadas. Esta circunstancia será notificada a las partes al objeto de que puedan instar lo que a su derecho convenga.

3. Si el Juez considerase improcedentes las solicitadas y no ordenase ninguna de oficio, conferirá nuevo traslado al Ministerio Fiscal y a las partes a fin de que insten, en el plazo de cinco días, lo que estimen oportuno respecto a la apertura del juicio oral, formulando escrito de conclusiones provisionales. Lo mismo mandará el Juez cuando estime innecesaria la práctica de más diligencias, aun cuando no haya culminado de practicar las ya ordenadas.

4. Si ninguna de las partes ni el Ministerio Fiscal solicitaren, dentro de dicho término, la apertura del juicio oral, el Juez ordenará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 ó 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 28. Imputación de distinto delito.

Si el Juez estimara que de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto de procedimiento o la participación de personas distintas del inicialmente imputado, éste actuará en la forma establecida en el artículo 25 de esta Ley o, en su caso, incoará el procedimiento que corresponda si el delito no fuese de los atribuidos al Tribunal del Jurado.

Artículo 29. Escrito de solicitud de juicio oral y calificación.

1. El escrito solicitando la apertura del juicio oral tendrá el contenido a que se refiere el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. De dicho escrito se dará traslado a la representación del acusado, quien formulará escrito en los términos del artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. En ambos casos se podrá hacer uso de las alternativas previstas en el artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. En sus respectivos escritos, las partes podrán proponer diligencias complementarias para su práctica en la audiencia preliminar, sin que puedan ser reiteradas las que hayan sido ya practicadas con anterioridad.

5. Las partes, cuando entiendan que todos los hechos objeto de acusación no son de los que tienen atribuido su enjuiciamiento al Tribunal del Jurado, instarán en sus respectivos escritos de solicitud de juicio oral la pertinente adecuación de procedimiento.

Si estiman que la falta de competencia ocurre sólo respecto de alguno de los delitos objeto de la acusación, la solicitud se limitará a la correspondiente deducción de testimonio suficiente, en relación con el que deba excluirse del procedimiento seguido para ante el Tribunal del Jurado, y a la remisión al órgano jurisdiccional competente para el seguimiento de la causa que corresponda.

SECCIÓN 2.ª AUDIENCIA PRELIMINAR

Artículo 30. *Convocatoria de la audiencia preliminar.*

1. Inmediatamente que el Ministerio Fiscal o una parte acusadora insten en los términos del artículo anterior la apertura del juicio oral, el Juez señalará el día más próximo posible para audiencia preliminar de las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, salvo que estén pendientes de practicarse las diligencias de investigación solicitadas por la defensa del imputado y declaradas pertinentes por el Juez. Una vez practicadas éstas, el Juez procederá a efectuar el referido señalamiento. Al tiempo resolverá sobre la admisión y práctica de las diligencias interesadas por las partes para el acto de dicha audiencia preliminar.

Si el Juez no acordare la convocatoria de la audiencia preliminar, las partes podrán acudir en queja ante la Audiencia Provincial.

2. La audiencia preliminar podrá ser renunciada por la defensa de los acusados, aquietándose con la apertura del juicio oral, en cuyo caso, el Juez decretará ésta, sin más, en los términos del artículo 33 de la presente Ley. Para que dicha renuncia surta efecto ha de ser solicitada por la defensa de todos los acusados.

Artículo 31. *Celebración de la audiencia preliminar.*

1. En el día y hora señalados se celebrará la audiencia preliminar comenzando por la práctica de las diligencias propuestas por las partes.

2. Las partes podrán proponer en este momento diligencias para practicarse en el acto. El Juez denegará toda diligencia propuesta que no sea imprescindible para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.

3. Terminada la práctica de las diligencias admitidas, se oír a las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y, en su caso, sobre la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento. Las acusaciones pueden modificar los términos de su petición de apertura de juicio oral, sin que sea admisible la introducción de nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada.

Artículo 32. *Auto de sobreseimiento o de apertura de juicio oral.*

1. Concluida la audiencia preliminar, en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará auto por el que decidirá la apertura o no del juicio oral. Si decide de la no apertura del juicio oral acordará el sobreseimiento. Podrá asimismo decretar la apertura del juicio oral y el sobreseimiento parcial en los términos del artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal si concurre en alguno de los acusados lo previsto en el artículo 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. La resolución por la que acuerda el sobreseimiento es apelable ante la Audiencia Provincial. La que acuerda la apertura del juicio oral no es recurrible, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 36 de la presente Ley.

3. También podrá el Juez ordenar la práctica de alguna diligencia complementaria, antes de resolver, si la estimase imprescindible de resultados de lo actuado en la audiencia preliminar.

4. En su caso, podrá el Juez ordenar la acomodación al procedimiento que corresponda, cuando no fuese aplicable el regulado en esta Ley. Si considera que el que corresponde es el regulado en el Título III, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordará la apertura del juicio oral, si la estima procedente, y remitirá la causa a la Audiencia Provincial o Juez de lo Penal competente para que prosigan el conocimiento de la causa en los términos de los artículos 792 y siguientes de dicha Ley.

Artículo 33. *Contenido del auto de apertura del juicio oral.*

El auto que decreta la apertura del juicio oral determinará:

- a) El hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento.
- b) La persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente.
- c) La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio.
- d) El órgano competente para el enjuiciamiento.

Artículo 34. *Testimonios.*

1. En la misma resolución, el Juez ordenará deducir testimonio de:

- a) Los escritos de calificación de las partes.
- b) La documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.
- c) El auto de apertura del juicio oral.
2. El testimonio, efectos e instrumentos del delito ocupados y demás piezas de convicción, serán inmediatamente remitidos al Tribunal competente para el enjuiciamiento.
3. Las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral.

Artículo 35. *Emplazamiento de las partes y designación del Magistrado presidente.*

1. El Juez mandará emplazar a las partes para que se personen dentro del término de quince días ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento.

2. Recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, se designará al Magistrado que por turno corresponda.

SECCIÓN 3.ª CUESTIONES PREVIAS AL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

Artículo 36. *Planteamiento de cuestiones previas.*

1. Al tiempo de personarse las partes podrán:

- a) Plantear alguna de las cuestiones o excepciones previstas en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento.
- b) Alegar la vulneración de algún derecho fundamental.

c) Interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura el Juez de Instrucción.

d) Pedir la exclusión de algún hecho sobre el que se hubiera abierto el juicio oral, si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación.

e) Impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer nuevos medios de prueba.

En este caso, se dará traslado a las demás partes para que en el término de tres días puedan instar por escrito su inadmisión.

2. Si se plantease alguno de estos incidentes le dará la tramitación establecida en los artículos 668 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 37. Auto de hechos justificables, procedencia de prueba y señalamiento de día para la vista del juicio oral.

Personadas las partes y resueltas, en su caso las cuestiones propuestas si ello no impediese el juicio oral, el Magistrado que vaya a presidir el Tribunal del Jurado dictará auto cuyo contenido se ajustará a las siguientes reglas:

a) Precisar, en párrafos separados, el hecho o hechos justificables. En cada párrafo no se podrán incluir términos susceptibles de ser tenidos por probados unos y por no probados otros. Excluirá asimismo, toda mención que no resulte absolutamente imprescindible para la calificación.

En dicha relación se incluirán tanto los hechos alegados por las acusaciones como por la defensa. Pero, si la afirmación de uno supone la negación del otro, sólo se incluirá una proposición.

b) Seguidamente, con igual criterio, se expondrán en párrafos separados los hechos que configuren el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado, así como la posible estimación de la exención, agravación o atenuación de la responsabilidad criminal.

c) Asimismo, resolverá sobre la Procedencia de los medios de prueba propuestos por las partes y sobre la anticipación de su práctica.

Contra la resolución que declare la procedencia de algún medio de prueba no se admitirá recurso. Si se denegare la práctica de algún medio de prueba podrán las partes formular su oposición a efectos de ulterior recurso.

d) También señalará día para la vista del juicio oral adoptando las medidas a que se refieren los artículos 660 a 664 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SECCIÓN 4.ª CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Artículo 38. Concurrencia de los integrantes del Tribunal del Jurado y recusación de jurados.

1. El día y hora señalado para el juicio se constituirá el Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado con la asistencia del Secretario y la presencia de las partes. Si concurren al menos veinte de los jurados convocados, el Magistrado presidente abrirá la sesión. Si no concurrese dicho número, se procederá en la forma indicada en el artículo siguiente.

2. El Magistrado presidente interrogará nuevamente a los jurados por si en ellos concurriera alguna causa de incapacidad, incompatibilidad, prohibición o excusa prevista en esta Ley. También podrán las partes por sí o a través del Magistrado presidente interrogar a los Jurados respecto a las materias relacionadas en el párrafo anterior.

3. También las partes podrán recusar a aquellos en quienes afirmen concurrir causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

Las recusaciones se oírán y resolverán en el propio acto por el Magistrado presidente, ante la presencia de las partes y oído el candidato a jurado afectado.

4. El Magistrado presidente decidirá sobre la recusación, sin que quepa recurso, pero sí protesta a los efectos del recurso que pueda ser interpuesto contra la sentencia.

Artículo 39. *Forma de completar el número mínimo de jurados y posibles sanciones.*

1. Si, como consecuencia de la incomparecencia de algunos de los jurados convocados, o de las exclusiones que se deriven de lo dispuesto en el artículo anterior, no resultasen al menos veinte jurados, se procederá a un nuevo señalamiento dentro de los quince días siguientes. Se citará al efecto a los comparecidos y a los ausentes y a un número no superior a ocho que serán designados por sorteo en el acto de entre los de la lista bienal. Si las partes alegasen en ese momento alguna causa de incapacidad, Incompatibilidad o prohibición de los así designados que fuese aceptada por el Magistrado presidente sin protesta de las demás partes no recusantes, se completará con un nuevo sorteo hasta obtener la cifra de los ocho complementarios.

2. El Magistrado presidente impondrá la multa de 25.000 pesetas al jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación ni justificado su ausencia. Si no compareciera a la segunda citación, la multa será de 100.000 a 250.000 pesetas.

Al tiempo de la segunda citación, el Magistrado presidente les advertirá de la sanción que les puede corresponder si no comparecen.

En la determinación de la cuantía de la segunda multa se tendrá en cuenta la situación económica del jurado que no ha comparecido.

3. Si en la segunda convocatoria tampoco se obtuviera el número mínimo de jurados concurrentes, se procederá de igual manera que en la primera a sucesivas convocatorias y sorteos complementarios, hasta obtener la concurrencia necesaria.

4. En todo caso, se adoptarán las medidas necesarias respecto de los medios, de prueba propuestos para hacer posible su práctica una vez constituido el Tribunal del Jurado.

Artículo 40. *Selección de los jurados y constitución del Tribunal.*

1. Si concurriese el número suficiente de jurados, se procederá a un sorteo sucesivo para seleccionar a los nueve que formarán parte del Tribunal, y otros dos más como suplentes.

2. Introducidos los nombres de los jurados en una urna, serán extraídos, uno a uno, por el Secretario quien leerá su nombre en alta voz.

3. Las partes, después de formular al designado las preguntas que estimen oportunas y el Magistrado presidente declare pertinentes, podrán recusar sin alegación de motivo determinado hasta tres de aquéllos por parte de las acusaciones y otros tres por parte de las defensas.

Si hubiere varios acusadores y acusados, deberán actuar de mutuo acuerdo para indicar los jurados que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusadas pueden formular la recusación; hasta que se agote el cupo de recusables.

El actor civil y los terceros responsables civiles no pueden formular recusación sin causa.

4. A continuación se procederá de igual manera para la designación de los suplentes. Cuando sólo resten dos para ser designados suplentes, no se admitirá recusación sin causa.

5. Culminado el sorteo, del que el Secretario extenderá acta, se constituirá el Tribunal.

Artículo 41. Juramento o promesa de los designados.

1. Una vez que el Tribunal se haya constituido, se procederá a recibir juramento o promesa a los designados. Puestos en pie el Magistrado presidente dirá: «¿Juráis o prometéis desempeñar bien y fielmente vuestra función de jurado, examinar con rectitud la acusación formulada contra —aquí indicará el nombre y apellidos de cada acusado—, apreciando sin odio ni afecto las pruebas que se os dieren, y resolver con imparcialidad si son o no culpables de los delitos imputados, así como guardar el secreto de las deliberaciones?».

2. Los jurados se irán aproximando, de uno en uno a la presencia del Magistrado presidente y, colocados frente a él, dirán: «si juro» o «si prometo», y tomarán asiento en el lugar destinado al efecto.

3. El Magistrado presidente, cuando todos hayan jurado o prometido, dirá: «Si así lo hiciéreis vuestros conciudadanos os lo premien, y, si no os lo demanden» y mandará comenzar la audiencia pública.

4. Nadie podrá ejercer las funciones de jurado sin prestar el juramento o promesa indicados. Quien se negase a prestarlo será conminado con el pago de una multa de 50.000 pesetas que el Magistrado presidente impondrá en el acto. Si el llamado persiste en su negativa se deducirá el oportuno tanto de culpa y en su lugar será llamado el suplente.

SECCIÓN 5.ª EL JUICIO ORAL**Artículo 42. Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

1. Tras el juramento o promesa, se dará comienzo a la celebración del juicio oral siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores.

Artículo 43. Celebración a puerta cerrada.

Para la decisión de celebración a puerta cerrada, el Magistrado presidente, oídas las partes decidirá lo que estime pertinente, previa consulta al Jurado.

Artículo 44. Asistencia del acusado y del abogado defensor.

La celebración del juicio oral requiere la asistencia del acusado y del abogado defensor. Este último estará a disposición del Tribunal del Jurado hasta que se emita el veredicto, teniendo el juicio oral ante este Tribunal prioridad ante cualquier otro señalamiento o actuación procesal sea cual sea el orden jurisdiccional ante el que tenga lugar.

No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer, podrá el Magistrado presidente acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por si misma causa de suspensión del juicio, ni de su enjuiciamiento.

Artículo 45. Alegaciones previas de las partes al Jurado.

El juicio comenzará mediante la lectura por el Secretario de los escritos de calificación. Seguidamente el Magistrado presidente abrirá un turno de intervención de las partes para que expongan al Jurado las alegaciones que estimen convenientes a fin de explicar el contenido de sus respectivas calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto. En tal ocasión podrán proponer al magistrado presidente nuevas pruebas para practicarse en el acto, resolviendo éste tras oír a las demás partes que deseen oponerse a su admisión.

Artículo 46. Especialidades probatorias.

1. Los jurados, por medio del Magistrado presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba.

2. Los jurados verán por sí los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción a que se refiere el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Para la prueba de inspección ocular, se constituirá el Tribunal en su integridad, con los jurados, en el lugar del suceso.

4. Las diligencias remitidas por el Juez Instructor podrán ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba.

5. El Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que existieren entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto.

Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados.

Artículo 47. Suspensión del procedimiento.

Cuando, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, haya de suspenderse la celebración del juicio oral, el Magistrado presidente podrá decidir la disolución del Jurado que acordará, en todo caso, siempre que dicha suspensión se haya de prolongar durante cinco o más días.

Artículo 48. Modificación de las conclusiones provisionales y conclusiones definitivas.

1. Concluida la práctica de la prueba, las partes podrán modificar sus conclusiones provisionales.

2. El Magistrado presidente requerirá a las partes en los términos previstos en el apartado 6 del artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estándose, en su caso, a lo dispuesto en el apartado 7 del citado precepto.

3. Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo.

Artículo 49. Disolución anticipada del Jurado.

Una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del Magistrado presidente, o éste decidir de oficio, la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado.

Si la inexistencia de prueba de cargo sólo afecta a algunos hechos o acusados, el Magistrado presidente podrá decidir que no ha lugar a emitir veredicto en relación con los mismos.

En tales supuestos se dictará, dentro del tercero día, sentencia absolutoria motivada.

Artículo 50. *Disolución del Jurado por conformidad de las partes.*

1. Igualmente, procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales. La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

2. El Magistrado presidente dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes, pero, si entendiéndose que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, no disolverá el Jurado y mandará seguir el juicio.

3. Asimismo, si el Magistrado presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado, y, previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto del veredicto.

Artículo 51. *Disolución del Jurado por desestimiento en la petición de condena.*

Cuando el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, manifestasen que desisten de la petición de condena del acusado, el Magistrado presidente disolverá el Jurado y dictará sentencia absolutoria.

CAPITULO IV

Del veredicto

SECCIÓN 1.^a DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL VEREDICTO

Artículo 52. *Objeto del veredicto.*

1. Concluido el juicio oral, después de producidos los informes y oídos los acusados el Magistrado presidente procederá a someter al Jurado por escrito el objeto del veredicto conforme a las siguientes reglas:

a) Narrará en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes y que el Jurado deberá declarar probados o no, diferenciando entre los que fueren contrarios al acusado y los que resultaren favorables. No podrá incluir en un mismo párrafo hechos favorables y desfavorables o hechos de los que unos sean susceptibles de tenerse por probados y otros no.

Comenzará por exponer los que constituyen el hecho principal de la acusación y después narrará los alegados por las defensas. Pero si la consideración simultánea de aquéllos y éstos como probados no es posible sin contradicción, sólo incluirá una proposición.

Cuando la declaración de probado de un hecho se infiera de igual declaración de otro, éste habrá de ser propuesto con la debida prioridad y separación.

b) Expondrá después, siguiendo igual criterio de separación y numeración de párrafos, los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de responsabilidad.

c) A continuación incurrirá, en párrafos sucesivos, numerados y separados la narración del hecho que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad.

d) Finalmente precisará el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable.

e) Si fueren enjuiciados diversos delitos, efectuará la redacción anterior separada y sucesivamente por cada delito.

f) Igual hará si fueren varios los acusados.

g) El Magistrado presidente, a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable.

Si el Magistrado presidente entendiéndose que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa.

2. Asimismo, el Magistrado presidente someterá, en su caso, al Jurado la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto.

Artículo 53. *Audiencia a las partes.*

1. Antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto, el Magistrado presidente oír a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo aquél de plano lo que corresponda.

2. Las partes cuyas peticiones fueran rechazadas podrán formular protesta a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia.

3. El Secretario del Tribunal del Jurado incorporará el escrito con el objeto del veredicto al acta del juicio, entregando copia de ésta a las partes y a cada uno de los jurados, y hará constar en aquélla las peticiones de las partes que fueren denegadas.

Artículo 54. *Instrucciones a los jurados.*

1. Inmediatamente, el Magistrado presidente en audiencia pública, con asistencia del Secretario, y en presencia de las partes, procederá a hacerles entrega a los jurados del escrito con el objeto del veredicto. Al mismo tiempo, les instruirá sobre el contenido de la función que tienen conferida, reglas que rigen su deliberación y votación y la forma en que deben reflejar su veredicto.

2. También les expondrá detenidamente, en forma que puedan entender, la naturaleza de los hechos sobre los que haya versado la discusión, determinando las circunstancias constitutivas del delito imputado a los acusados y las que se refieran a supuestos de exención o modificación de la responsabilidad. Todo ello con referencia a los hechos y delitos recogidos en el escrito que se les entrega.

3. Cuidará el Magistrado presidente de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero sí sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él. Asimismo informará que, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable del acusado.

SECCIÓN 2.^a DELIBERACIÓN Y VEREDICTOArtículo 55. *Deliberación del Jurado.*

1. Seguidamente el Jurado se retirará a la sala destinada para su deliberación.
2. Presididos inicialmente por aquél cuyo nombre fuese el primero en salir en el sorteo, procederán a elegir al portavoz.
3. La deliberación será secreta, sin que ninguno de los jurados pueda revelar lo en ella manifestado.

Artículo 56. *Incomunicación del Jurado.*

1. La deliberación tendrá lugar a puerta cerrada, sin que les sea permitida comunicación con persona alguna hasta que hayan emitido el veredicto, adoptándose por el Magistrado presidente las medidas oportunas al efecto.
2. Si la deliberación durase tanto tiempo que fuese necesario el descanso, el Magistrado presidente, por sí o a petición del Jurado, lo autorizará, manteniendo la incomunicación.

Artículo 57. *Ampliación de instrucciones.*

1. Si alguno de los jurados tuviere duda sobre cualquiera de los aspectos del objeto del veredicto, podrá pedir, por escrito y a través del Secretario, la presencia del Magistrado presidente para que amplíe las instrucciones. La comparecencia de éste se hará en audiencia pública, asistido del Secretario y en presencia del Ministerio Fiscal y demás partes.
2. Transcurridos dos días desde el inicio de la deliberación sin que los jurados hicieren entrega del acta de la votación, el Magistrado presidente podrá convocarles a la comparecencia prevista en el apartado anterior. Si en dicha comparecencia ninguno de los jurados expresara duda sobre cualquiera de los aspectos del objeto del veredicto, el Magistrado presidente emitirá las instrucciones previstas en el apartado 1 del artículo 64 de esta Ley con los efectos atribuidos en la misma, a la devolución del acta.

Artículo 58. *Votación nominal.*

1. La votación será nominal, en alta voz y por orden alfabético, votando en último lugar el portavoz.
2. Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. Si alguno insistiere en abstenerse, después de requerido por el portavoz, se hará constar en acta y, en su momento, será sancionado por el Magistrado presidente con 75.000 pesetas de multa. Si, hecha la constancia y reiterado el requerimiento, persistiera la negativa de voto se dejará nueva constancia en acta de la que se deducirá el testimonio correspondiente para exacción de la derivada responsabilidad penal.
3. En todo caso, la abstención se entenderá voto a favor de no considerar probado el hecho perjudicial para la defensa y de la no culpabilidad del acusado.

Artículo 59. *Votación sobre los hechos.*

1. El portavoz someterá a votación cada uno de los párrafos en que se describen los hechos, tal y como fueron propuestos por el Magistrado presidente. Los jurados votarán si estiman probados o no dichos hechos. Para ser declarados tales, se requiere siete vo-

tos, al menos, cuando fuesen contrarios al acusado, y cinco votos, cuando fuesen favorables.

2. Si no se obtuviese dicha mayoría, podrá someterse a votación el correspondiente hecho con las precisiones que se estimen pertinentes por quien proponga la alternativa y, nuevamente redactado así el párrafo, será sometido a votación hasta obtener la indicada mayoría.

La modificación no podrá suponer dejar de someter a votación la parte del hecho propuesta por el Magistrado presidente. Pero podrá incluirse un párrafo nuevo, o no propuesto, siempre que no suponga una alteración sustancial ni determine una agravación de la responsabilidad imputada por la acusación.

Artículo 60. Votación sobre culpabilidad o inculpabilidad, remisión condicional de la pena y petición de indulto.

1. Si se hubiese obtenido la mayoría necesaria en la votación sobre los hechos, se someterá a votación la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por cada delito imputado.

2. Serán necesarios siete votos para establecer la culpabilidad y cinco votos para establecer la inculpabilidad.

3. El criterio del Jurado sobre la aplicación al declarado culpable de los beneficios de remisión condicional de la pena, así como sobre la petición de indulto en la sentencia, requerirán el voto favorable de cinco jurados.

Artículo 61. Acta de la votación.

1. Concluida la votación, se extenderá un acta con los siguientes apartados:

a) Un primer apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han deliberado sobre los hechos sometidos a su resolución y han encontrado probados, y así lo declaran por (unanimidad o mayoría), los siguientes...».

Si lo votado fuera el texto propuesto por el Magistrado-presidente, podrán limitarse a indicar su número.

Si el texto votado incluyese alguna modificación, escribirán el texto tal como fue votado.

b) Un segundo apartado, iniciado de la siguiente forma: «Asimismo, han encontrado no probados, y así lo declaran por (unanimidad o mayoría) los hechos descritos en los números siguientes del escrito sometido a nuestra decisión». Seguidamente indicarán los números de los párrafos de dicho escrito, pudiendo reproducir su texto.

c) Un tercer apartado, iniciado de la siguiente forma: «Por lo anterior, los jurados por unanimidad o mayoría) encontramos al acusado... culpable/no culpable del delito de...».

En este apartado harán un pronunciamiento separado por cada delito y acusado. De la misma forma se pronunciarán, en su caso, sobre el criterio del Jurado en cuanto a la aplicación al declarado culpable de los beneficios de remisión condicional de la pena que se impusiere, para el caso de que concurran los presupuestos legales al efecto, y sobre la petición o no de indulto en la sentencia.

d) Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...». Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

e) Un quinto apartado en el que harán constar los incidentes acaecidos durante la deliberación, evitando toda identificación que rompa el secreto de la misma salvo la correspondiente a la negativa a votar.

2. El acta será redactada por el portavoz a no ser que disienta del parecer mayoritario, en cuyo caso los jurados designarán al redactor.

Si lo solicitara el portavoz, el Magistrado presidente podrá autorizar que el Secretario o un oficial le auxilie, estrictamente en la confección o escrituración del acta. En los mismos términos podrá solicitarlo quien haya sido designado redactor en sustitución de aquél.

3. El acta será firmada por todos los jurados, haciéndolo el portavoz por el que no pueda hacerlo por sí. Si alguno de los jurados se negara a firmar, se hará constar en el acta tal circunstancia.

Artículo 62. *Lectura del veredicto.*

Extendida el acta, lo harán saber al Magistrado presidente entregándole una copia. Este, salvo que proceda la devolución, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente, convocará a las partes por un medio que permita su inmediata recepción para que, seguidamente, se lea el veredicto en audiencia pública por el portavoz del Jurado.

Artículo 63. *Devolución del acta al Jurado.*

1. El Magistrado presidente devolverá el acta al Jurado si, a la vista de la copia de la misma, apreciase alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que no se ha pronunciado sobre la totalidad de los hechos.
- b) Que no se ha pronunciado sobre la culpabilidad o inculpabilidad de todos los acusados y respecto de *la totalidad* de los hechos delictivos imputados.
- c) Que no se ha obtenido en alguna de las votaciones sobre dichos puntos la mayoría necesaria.
- d) Que los diversos pronunciamientos son contradictorios, bien los relativos a los hechos declarados probados entre sí, bien el pronunciamiento de culpabilidad respecto de dicha declaración de hechos probados.
- e) Que se ha incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación.

2. Si el acta incluyese la declaración de probado de un hecho que, no siendo de los propuestos por el Magistrado, implique una alteración sustancial de éstos o determine una responsabilidad más grave que la imputada, se tendrá por no puesta.

3. Antes de devolver el acta se procederá en la forma establecida en el artículo 53 de la presente Ley.

Artículo 64. *Justificación de la devolución del acta.*

1. Al tiempo de devolver el acta, constituido el Tribunal, asistido del Secretario y en presencia de las partes, el Magistrado presidente explicará detenidamente las causas que justifican la devolución y precisará la forma en que se deben subsanar los defectos de procedimiento o los puntos sobre los que deberán emitir nuevos pronunciamientos.

2. De dicha incidencia extenderá el Secretario la oportuna acta.

Artículo 65. *Disolución del Jurado y nuevo juicio oral.*

1. Si después de una tercera devolución permaneciesen sin subsanar los defectos denunciados o no se hubiesen obtenido las necesarias mayorías, el Jurado será disuelto y se convocará juicio oral con un nuevo Jurado.

2. Si celebrado el nuevo juicio no se obtuviere un veredicto por parte del segundo Jurado, por cualquiera de las causas previstas en el apartado anterior el Magistrado presidente procederá a disolver el Jurado y dictará sentencia absolutoria.

Artículo 66. Cese del Jurado en sus funciones.

1. Leído el veredicto, el Jurado cesará en sus funciones.
2. Hasta ese momento los suplentes habrán permanecido a disposición del Tribunal en el lugar que se indique.

CAPITULO V

De la sentencia

Artículos 67. Veredicto de inculpabilidad.

Si el veredicto fuese de inculpabilidad, el Magistrado-presidente dictará en el acto sentencia absolutoria del acusado a que se refiera, ordenando, en su caso, la inmediata puesta en libertad.

Artículo 68. Veredicto de culpabilidad.

Cuando el veredicto fuese de culpabilidad, el Magistrado-presidente concederá la palabra al Fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El infome se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos ilegales de la aplicación de los beneficios de remisión condicional, si el Jurado hubiere emitido un criterio favorable a ésta.

Artículo 69. Actos de las sesiones.

1. El Secretario extenderá acta de cada sesión haciendo constar de forma sucinta lo más relevante de lo acaecido y de forma literal las protestas que se formulen por las partes y las resoluciones del Magistrado-presidente respecto de los incidentes que fuesen suscitados.
2. El acta se leerá al final de cada sesión y se firmará por el Magistrado presidente, los jurados y los abogados de las partes.

Artículo 70. Contenido de la sentencia.

1. El Magistrado presidente procederá a dictar sentencia en la forma ordenada en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyendo como hechos probados y delito objeto de condena ó absolución, el contenido correspondiente del veredicto.
2. Asimismo, si el veredicto fuese de culpabilidad, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo existida por la garantía constitucional de presunción de inocencia.
3. La sentencia, a la que se unirá el acta del Jurado, se publicará y se archivará en legal forma, extendiendo en la causa certificación de la misma.

DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA. *Supresión del antejuicio.*

Quedan derogados el artículo 410 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA. *Infracciones penales.*

1. Los jurados que abandonen sus funciones sin causa legítima, o incumplan las obligaciones que les imponen los artículos 41.4 y 58.2 de esta Ley incurrirán en la pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

2. Los jurados que incumplan las obligaciones impuestas en el apartado 3 del artículo 55, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA. *Causas penales en tramitación.*

Los procesos penales incoados o que se incoen por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán ante el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas vigentes en el momento de acontecer aquéllos.

DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA. *Régimen de recursos.*

El régimen de recursos previsto en esta Ley será de aplicación únicamente a las resoluciones judiciales que se dicten en los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor.

DISPOSICION TRANSITORIA TERCERA. *Primera lista de candidatos a jurados.*

La primera lista de candidatos a jurados, que extenderá su eficacia hasta el 31 de diciembre de 1996, se obtendrá aplicando las previsiones contenidas en los artículos 13, 14, 15 y 16 de la presente Ley, si bien las referencias que en ellos se hace a los meses de septiembre, octubre y noviembre se entenderán hechas, respectivamente, a los tres meses correlativos siguientes a la entrada en vigor de la presente disposición transitoria.

DISPOSICION FINAL PRIMERA. *Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

1. La letra c) del apartado 3 del artículo 73 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuyo actual contenido pasa a ser la letra d) del mismo apartado, queda redactada en los siguientes términos:

«c) El conocimiento de los recursos de apelación en los casos previstos por las leyes.»

2. El apartado 2 del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda redactado en los siguientes términos:

«2. La composición y competencia del Jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.»

DISPOSICION FINAL SEGUNDA. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Los artículos y rúbricas que a continuación se relacionan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedan modificados en los términos siguientes:

1. Se añade un segundo párrafo al apartado tercero del artículo 14 con la siguiente redacción:

«No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.»

2. Se añade un segundo párrafo al apartado cuarto del artículo 14 con la siguiente redacción:

«No obstante, en los supuestos de competencia de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.»

3. Se añade un tercer párrafo al artículo 306 con la siguiente redacción:

«Tan pronto como se ordene la incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado, se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal quien comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél.»

4. Se incorpora un nuevo artículo 309 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 309 bis.

Cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho o de la querrela, así como cuando de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, procederá el Juez a la incoación del procedimiento previsto en su ley reguladora, en el que, en la forma que en ella se establece, se pondrá inmediatamente aquella imputación en conocimiento de los presuntamente inculcados.

El Ministerio Fiscal, demás partes personadas y el imputado en todo caso, podrán instarlo así debiendo el Juez resolver en plazo de una audiencia. Si no lo hiciere o desestimare la petición, las partes podrán recurrir directamente en queja ante la Audiencia Provincial que resolverá antes de ocho días, recabando el informe del Instructor por el medio más rápido.»

5. Se incorpora un nuevo artículo 504 bis 2 con la siguiente redacción,

«Artículo 504 bis 2.

Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer.

En dicha audiencia podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas antes indicadas.

Si en tal audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales. Si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado.

Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes setenta y dos horas adoptando las medidas disciplinarias a que hubiere lugar en relación con la causa de no celebración de la comparecencia.

Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

6. El artículo 516 queda sin contenido.

7. El artículo 539 queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 539.

Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa.

En su consecuencia, el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

Para acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 504 bis 2.

No obstante, si a juicio del Juez o Tribunal concurre riesgo de fuga, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las setenta y dos horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte.»

8. El tercer párrafo del artículo 676 queda redactado en la siguiente forma:

«Contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime, no se da recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678.»

9. Se añade un segundo párrafo al artículo 678 con la siguiente redacción:

«Lo anterior no será de aplicación en las causas competencia del Tribunal del Jurado, sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia.»

10. En el artículo 780 se incorpora un nuevo párrafo tercero con la siguiente redacción:

«Iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en los artículos 309 bis o 789.3, párrafos segundo y tercero de esta Ley.»

El actual tercer párrafo de dicho artículo pasa a ser párrafo cuarto del mismo.

11. Se añade un último párrafo al artículo 781 con la siguiente redacción:

«Tan pronto como se ordene la incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal quien comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél.»

12. En el apartado 3 del artículo 789 se introducen dos nuevos párrafos con la siguiente redacción:

«Cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, así como cuando de cualquier actuación procesal ordenada conforme al párrafo anterior, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, procederá el Juez a la incoación del procedimiento previsto en su ley reguladora, en el que, en la forma que en ella se establece, se pondrá inmediatamente aquella imputación en conocimiento de los presuntamente inculpados.

El Ministerio Fiscal, demás partes personadas, y el imputado en todo caso, podrán instarlo así, debiendo el Juez resolver en plazo de una audiencia. Si no lo hiciere, o desestimare la petición, las partes podrán recurrir en queja ante la Audiencia Provincial que resolverá antes de ocho días, recabando el informe del Instructor por el medio más rápido.»

13. El Libro V pasa a tener la siguiente denominación: «De los recursos de apelación, casación y revisión».

14. Se incorpora al Libro V un nuevo Título I, denominado «Del recurso de apelación contra las sentencias y determinados autos» e integrado por los siguientes artículos: «Artículo 846 bis a).

Las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado presidente del Tribunal del Jurado, serán apelables para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Serán también apelables los autos dictados por el Magistrado presidente del Tribunal del Jurado cuando acuerden el sobreseimiento, cualquiera que sea su clase, y los que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley.

La Sala de lo Civil y Penal se compondrá, para conocer de este recurso, de tres Magistrados.

Artículo 846 bis b).

Pueden interponer el recurso tanto el Ministerio Fiscal como el condenado y las demás partes, dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la sentencia.

La parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación, pero este recurso quedará supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo.

Artículo 846 bis c).

El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes:

a) Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

A estos efectos podrán alegarse, sin perjuicio de otros: los relacionados en los artículos 850 y 851, entendiéndose las referencias a los Magistrados de los números 5 y 6 de este último como también hechas a los jurados; la existencia de defectos en el veredicto, bien por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado o defecto en la proposición del objeto de aquél, siempre que de ello se derive indefensión, bien por concurrir motivos de los que debieran haber dado lugar a su devolución al Jurado y ésta no hubiera sido ordenada.

b) Que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.

c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo, y tal petición se hubiere desestimado indebidamente.

d) Que se hubiese acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo.

e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

En los supuestos de las letras a), c) y d), para que pueda admitirse a trámite el recurso, deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada.

Artículo 846 bis d).

Del escrito interponiendo recurso de apelación se dará traslado, una vez concluido el término para recurrir, a las demás partes, las que, en término de cinco días, podrán formular recurso supeditado de apelación. Si lo interpusieren se dará traslado a las demás partes.

Concluido el término de cinco días sin que se formule dicha apelación supeditada o, si se formuló, efectuado el traslado a las demás partes, se emplazará a todas ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia para que se personen en plazo de diez días.

Si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán los autos a la Audiencia Provincial, declarándose firme la sentencia y procediendo a su ejecución.

Artículo 846 bis e).

Personado el apelante, se señalará día para la vista del recurso citando a las partes personadas y, en todo caso, al condenado y tercero responsable civil.

La vista se celebrará en audiencia pública, comenzando por el uso de la palabra la parte apelante seguido del Ministerio Fiscal, si éste no fuese el que apeló, y demás partes apeladas.

Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle.

Artículo 846 bis f).

Dentro de los cinco días siguientes a la vista, deberá dictarse sentencia, la cual, si estimase el recurso por algunos de los motivos a que se refieren las letras a) y d) del artículo 846 bis 3, mandará devolver la causa a la Audiencia para celebración de nuevo juicio.

En los demás supuestos dictará la resolución que corresponda.»

15. Los actuales Títulos I y II del Libro V pasan a ser Títulos II y III, respectivamente, del mismo Libro.

16. El artículo 847 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 847.

Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia; y b) las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia.»

17. El primer párrafo del artículo 848 queda redactado de la siguiente forma:

«Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso.»

DISPOSICION FINAL TERCERA. *Carácter de la Ley.*

La presente Ley tiene naturaleza de orgánica a excepción del capítulo III, la disposición transitoria segunda y los apartados 1, 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 de la disposición final segunda que tienen el carácter de ley ordinaria.

DISPOSICION FINAL CUARTA.

En el plazo de un año, desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución. simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva.

Asimismo, en dicho plazo, se adoptarán las reformas legales necesarias que adapten a tal procedimiento el Estatuto y funciones del Ministerio Fiscal, y se habilitarán por las Cortes Generales y el Gobierno los medios materiales, técnicos y humanos necesarios.

DISPOSICION FINAL QUINTA. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de lo prevenido en su capítulo II y en su disposición transitoria tercera, que entrará en vigor a los dos meses de dicha publicación.

Instrumento de ratificación del Tratado entre España y Bolivia sobre transferencias de personas condenadas, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990 (BOE de 30 de mayo de 1995).

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 24 de abril de 1990, el Plenipotenciario de España firmó en Madrid, juntamente con el Plenipotenciario de Bolivia nombrados ambos en buena y debida forma al efecto, el Tratado entre España y Bolivia sobre transferencia de personas condenadas,

Vistos y examinados los veintitrés artículos del Tratado,

Concedida por las Cortes Generales la *autorización* prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza *mando* expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

TRATADO ENTRE ESPAÑA Y BOLIVIA SOBRE TRANSFERENCIA DE PERSONAS CONDENADAS

España y Bolivia.

Animados por el deseo de facilitar la rehabilitación de los reos, permitiéndoles que cumplan sus condenas en el país del cual son nacionales,

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1.

España y Bolivia se comprometen en las condiciones previstas por el presente Tratado, a concederse la cooperación más amplia posible en materia de ejecución de sentencias penales de personas condenadas a privación de libertad o a medidas de seguridad.

Artículo 2.

Para los fines del presente Tratado se considera:

- a) Estado trasladante: Aquél del cual el reo será trasladado.
- b) Estado receptor: Aquél al cual el reo será trasladado.
- c) Reo: La persona que, en el territorio de una de las Partes, ha sido declarada responsable de un delito o condenada a una medida de seguridad y se encuentra sujeta en virtud de sentencia o de cualquier medida legal adoptada en ejecución de dicha sentencia, ya sea a prisión, ya sea al régimen de condena condicional, de libertad preparatoria o de cualquier otra forma de libertad sujeta a vigilancia o a un sistema de internamiento rehabilitador.

Artículo 3.

1. Las penas o medidas de seguridad impuestas en España a nacionales de Bolivia podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de Bolivia o bajo la vigilancia de sus autoridades.

2. Las penas o medidas de seguridad impuestas en Bolivia a nacionales de España, podrán ser extinguidas en establecimientos penitenciarios de España o bajo la vigilancia de sus autoridades.

3. El traslado puede ser solicitado por el Estado trasladante o por el Estado receptor.

Artículo 4.

1. Las solicitudes de traslado y las respuestas se formularán por escrito.

2. Cada Parte designará una autoridad que se encargará de ejercer las funciones previstas en el presente Tratado estableciéndose la comunicación por la vía diplomática.

3. El Estado trasladante deberá informar a la brevedad posible al Estado receptor de la decisión de aceptación o denegación de la solicitud de traslado.

4. Al decidir respecto del traslado de un reo, la autoridad de cada una de las Partes tendrá en cuenta todos los factores pertinentes y la probabilidad de que el traslado contribuya a la rehabilitación social del reo, incluyendo la índole y gravedad del delito y los antecedentes penales del reo, si los tuviere, las condiciones de su salud, la edad, los vínculos que por residencia, presencia en el territorio, relaciones familiares u otros motivos, pueda tener con la vida social del Estado receptor.

Artículo 5.

El presente Tratado sólo se aplicará con arreglo a las condiciones siguientes:

1. Que los actos u omisiones que han dado lugar a la sentencia penal, sean también punibles o sancionables en el Estado receptor, aunque no exista identidad en la tipificación.

2. Que el delito no sea político o de índole estrictamente militar.

3. Que el reo sea nacional del Estado receptor

4. Que el reo no esté domiciliado en el Estado trasladante.

5. Que la sentencia sea firme, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.

6. Que el reo dé su consentimiento para su traslado.

7. Que en caso de incapacidad, el representante legal del reo dé su consentimiento para el traslado.

8. Que la duración de la pena o medida de seguridad que está por cumplir, en el momento de la presentación de la solicitud a que se refiere el inciso b) del párrafo 2 del artículo 13, sea por lo menos de seis meses. En casos excepcionales, las Partes podrán convenir en la admisión de una solicitud, cuando el término por cumplir sea menor al señalado.

Artículo 6.

Cada Parte deberá explicar el contenido del presente Tratado a cualquier reo que pueda quedar comprendido dentro de lo dispuesto por el mismo.

Artículo 7.

El reo puede presentar una petición de traslado directamente al Estado receptor o por conducto del Estado trasladante.

Artículo 8.

Si el reo hubiere formulado una petición de traslado al Estado trasladante, éste lo informará al Estado receptor a la brevedad posible, una vez que la sentencia haya quedado firme.

Artículo 9.

Si el reo hubiere formulado una petición de su traslado al Estado receptor, éste lo comunicará al Estado trasladante a la brevedad posible, siempre que la sentencia haya quedado firme, proporcionándole la información que señala el artículo 12.

Artículo 10.

El reo deberá ser informado por sus autoridades diplomáticas o consulares, y por escrito, de las gestiones realizadas por el Estado trasladante o el Estado receptor, en aplicación de los párrafos precedentes, así como de las decisiones adoptadas por cualquiera de las Partes respecto a la solicitud del traslado.

Artículo 11.

1. El Estado trasladante cuidará de que el consentimiento a que se refieren los puntos 6 y 7 del artículo 5, sea otorgado voluntariamente y con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas que se deriven.

2. La manifestación del consentimiento se regirá por la Ley del Estado trasladante.

3. El Estado receptor podrá verificar por medio de sus representantes acreditados ante el Estado trasladante que el consentimiento haya sido prestado en las condiciones previstas en el punto anterior.

Artículo 12.

El Estado trasladante informará al Estado receptor:

- a) Del nombre, fecha y el lugar de nacimiento del reo.
- b) De la relación de los hechos que hayan dado lugar a la sentencia.
- c) De la naturaleza, duración y fecha de inicio y terminación de la condena
- d) En su caso, del lugar del territorio del Estado receptor al que el reo desearía ser trasladado.

Artículo 13.

1. El Estado receptor acompañará a la solicitud de traslado la documentación siguiente:

- a) Un documento probatorio de la nacionalidad del reo de dicho Estado.
- b) Una copia de las disposiciones legales de las que resulte que los actos u omisiones que han dado lugar a la condena en el Estado trasladante, constituyen también una infracción penal o son susceptibles de una medida de seguridad en el Estado receptor.
- c) La concurrencia de los factores a que se refiere el párrafo 4 del artículo 4.

2. El Estado trasladante acompañará a su solicitud de traslado la documentación siguiente:

- a) Una copia certificada de la sentencia, haciendo constar su firmeza.
- b) La duración de la pena o medida de seguridad el tiempo ya cumplido y el que deba abonársele por motivos tales como, entre otros, trabajo, buena conducta o prisión preventiva, y
- c) Cualquier información adicional que pueda ser útil a las autoridades del Estado receptor para determinar el tratamiento del reo con vistas a su rehabilitación social.

3. Cualquiera de las Partes podrá, antes de formular una solicitud de traslado o antes de adoptar la decisión de aceptarla o denegarla, solicitar de la otra Parte los documentos e informaciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 de este artículo.

Artículo 14.

Cada una de las Partes tomará las medidas legislativas necesarias y, en su caso, establecerá los procedimientos adecuados, para que surtan efectos legales en su territorio las sentencias a que se refiere este Tratado dictadas por los Tribunales de la otra Parte

Artículo 15.

1. El cumplimiento de la condena en el Estado receptor se ajustará a las leyes de ese Estado.

2. En la ejecución de la condena el Estado receptor:

- a) Estará vinculado por la naturaleza jurídica y duración de la pena o medida de seguridad.
- b) Estará vinculado por los hechos probados en la sentencia.
- c) No podrá convertir la pena o medida de seguridad en una sanción pecunaria.
- d) Deducirá íntegramente el período de prisión provisional.
- e) No agravará la situación del condenado ni estará obligado por la sanción mínima que, en su caso, estuviere prevista por su legislación para la infracción cometida.

Artículo 16.

Cada Parte podrá conceder el indulto, la amnistía, la conmutación de la pena o medida de seguridad, conforme a su Constitución u otras disposiciones legales aplicables.

Artículo 17.

El Estado trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva respecto de todo procedimiento, cualquiera que sea su índole y que tenga por objeto impugnar, modificar o dejar sin efecto las sentencias dictadas por sus Tribunales. El Estado receptor, al recibir aviso del Estado trasladante de cualquier decisión que afecte una sentencia, deberá adoptar las medidas que correspondan conforme a dicho aviso.

Artículo 18.

Un reo entregado para la ejecución de una sentencia conforme al presente Tratado no podrá ser detenido, procesado ni sentenciado en el Estado receptor por los mismos hechos delictivos o supuesto de imposición de medidas de seguridad, por los cuales está sujeto a la sentencia o medida de seguridad correspondientes.

Artículo 19.

1. La entrega del reo por las autoridades del Estado trasladante a las del Estado receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Partes.

2. El Estado receptor se hará cargo de los gastos de traslado desde el momento en que el reo queda bajo su custodia.

Artículo 20.

Ninguna sentencia de prisión será ejecutada por el Estado receptor de tal manera que prolongue la duración de la pena más allá del término de prisión impuesto por la sentencia del Tribunal del Estado trasladante.

Artículo 21.

El Estado receptor informará al Estado trasladante:

a) Cuando considere cumplida la sentencia o la imposición de la medida de seguridad.

b) En caso de evasión del condenado.

c) De aquello que, en relación con este Tratado, le solicite el Estado trasladante.

Artículo 22.

1. El presente Tratado será también aplicable a personas sujetas a supervisión y a otras medidas conforme a las leyes de una de las Partes relacionadas con menores infractores. Las Partes, de conformidad con sus leyes, acordarán el tipo de tratamiento que se aplicará a tales personas una vez trasladadas. Para el traslado se obtendrá el consentimiento de quien legalmente esté facultado para otorgarlo.

2. El presente Tratado no abroga ni deroga disposición alguna que se refiera, en el sistema jurídico de cada una de las Partes, a la facultad que tengan las mismas para conceder o aceptar el traslado de un menor infractor u otra clase de infractor.

Artículo 23.

1. El presente Tratado está sujeto a ratificación.

2. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después del canje de los Instrumentos de ratificación y tendrá una duración de tres años.

3. Si ninguna de las Partes hubiera notificado a la otra noventa días antes de la expiración del período de tres años a que se refiere el párrafo anterior, su intención de denunciar el Tratado, éste continuará en vigor por otros tres años, y así sucesivamente por períodos adicionales de igual duración.

En testimonio de lo cual los al final firmantes, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Tratado.

Hecho en Madrid a los veinticuatro días del mes de abril del año de mil novecientos noventa, en dos ejemplares, igualmente auténticos y haciendo igualmente fe.

El presente Tratado entrará en vigor el 27 de mayo de 1995, treinta días después de la fecha en que tuvo lugar en La Paz el canje de los Instrumentos de ratificación, según se establece en su artículo 23.

**Instrumento de ratificación del Tratado de Extradición entre España y Bolivia,
firmado en Madrid el 24 de abril de 1990
(BOE de 30 de mayo de 1995).**

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 24 de abril de 1990 el Plenipotenciario de España firmó en Madrid, juntamente con el Plenipotenciario de la República de Bolivia, nombrados ambos en buena y debida forma al efecto, el Tratado de Extradición entre España y Bolivia,

Vistos y examinados los veintiocho artículos del Tratado,

Concedida por las Cortes Generales la *autorización* prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza *mando* expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

TRATADO DE EXTRADICION ENTRE ESPAÑA Y BOLIVIA

España y Bolivia.

Animados por el deseo de cooperar para facilitar la acción de la Justicia en materia penal

Han resuelto concluir un tratado de extradición en los siguientes términos:

Artículo 1.

Las Partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y condiciones establecidas en los artículos siguientes, las personas a quienes las autoridades judiciales de una de las Partes persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad que consista en privación de libertad.

Artículo 2.

1. Darán lugar a extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año y un día.

2. Si la extradición se solicitare para la ejecución de una sentencia, se requerirá además que la parte de la pena o medida de seguridad que aún falta cumplir no sea inferior a seis meses.

3. Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y no concurriesen en algunos de ellos los requisitos de los párrafos 1 y 2, la Parte requerida podrá conceder también la extradición por estos últimos.

Artículo 3.

También darán lugar a extradición, conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Parte.

Artículo 4.

1. En materia de tasas e impuestos, de aduanas y de cambio la extradición se concederá, con arreglo a las disposiciones de este Tratado, si los hechos reúnen los requisitos del artículo 2.

2. La extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en estas materias que la legislación de la Parte requirente.

Artículo 5.

1. No se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La mera alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará por sí como un delito de carácter político.

A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos:

a) El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia.

b) Los actos de terrorismo.

c) Los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tuviere fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o bien que la situación de aquélla puede ser agravada por esos motivos.

Artículo 6.

La extradición por delitos estrictamente militares queda excluida del campo de aplicación del presente Tratado.

Artículo 7.

1. Cuando el reclamado fuere nacional de la Parte requerida, ésta podrá rehusar la concesión de la extradición de acuerdo a su propia ley. La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición y siempre que no hubiera sido adquirida con el fraudulento propósito de impedir aquélla.

2. Si la Parte requerida no accediere a la extradición de un nacional por causa de su nacionalidad deberá, a instancia de la Parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito podrán ser remitidos gratuitamente por la vía prevista en el artículo 15.

Se informará a la Parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

Artículo 8.

Nada de lo dispuesto en el presente Tratado podrá ser interpretado como limitación del asilo, cuando éste proceda. En consecuencia, la Parte requerida también podrá rehusar la concesión de la extradición de un asilado de acuerdo a su propia ley.

En caso de no accederse a la extradición, por este motivo, será de aplicación lo previsto en el párrafo 2 del artículo anterior.

Artículo 9.

No se concederá la extradición:

a) Cuando de conformidad a la ley de la Parte requirente ésta no tuviere competencia para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición.

b) Cuando la persona reclamada hubiera sido condenada o debiera ser juzgada por un tribunal de excepción o «ad hoc» en la Parte requirente.

c) Cuando de acuerdo a la ley de alguna de las Partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición.

d) Cuando la persona reclamada hubiese sido juzgada en la Parte requerida por el hecho que motivó la solicitud de extradición.

Artículo 10.

No se concederá la extradición cuando los hechos que la originan estuviesen castigados con la pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad, o con penas o medidas de seguridad que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes.

Sin embargo, la extradición puede ser concedida, si la Parte requirente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad o de que no será sujeta al cumplimiento de penas atentatorias a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.

Artículo 11.

La extradición podrá ser denegada:

a) Cuando fueren competentes los Tribunales de la Parte requerida, conforme a su propia ley para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a la extradición si la Parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso o poner fin al que se estuviese tramitando.

b) Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio de la Parte requirente y la ley de la Parte requerida no autorizare la persecución de un delito de la misma especie cometido fuera de su territorio.

c) Cuando la persona reclamada fuere menor de dieciocho años en el momento de presentarse la solicitud de extradición, tuviere arraigo en la Parte requerida y ésta considerare que la extradición puede perjudicar su inserción social, sin perjuicio de que se adopten las medidas más apropiadas que prevea la ley de la Parte requerida.

Artículo 12.

1. Si el reclamado hubiese sido condenado en rebeldía, no se concederá la extradición si la Parte requirente no da seguridades de que será oído en defensa y podrá utilizar los recursos legales pertinentes.

2. Concedida la extradición, la Parte requirente podrá ejecutar la sentencia si el condenado consintiere expresamente.

Artículo 13

1. Para que la persona entregada pueda ser juzgada, condenada o sometida a cualquier restricción de sublibertad personal por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, la Parte requirente deberá solicitar la correspondiente autorización a la Parte requerida. Esta podrá exigir a la Parte requirente la presentación de los documentos previstos en el artículo 15.

La autorización podrá concederse aun cuando no se cumplieren con las condiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 2.

2. No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada diere su expreso consentimiento o, habiendo tenido la posibilidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado al cual fue entregada, permaneciere en él más de treinta días o regresare a él después de abandonarlo.

Artículo 14.

Cuando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será perseguida o sentenciada sino en la medida en que los elementos constitutivos del delito que corresponda a la nueva calificación hubieran permitido la extradición.

Artículo 15.

1. La solicitud de extradición se formulará por escrito y será transmitida por la vía diplomática. Sin embargo, cualquiera de las Partes podrá comunicar a la otra la designación de una autoridad central competente para recibir y transmitir solicitudes de extradición.

2. A la solicitud de extradición deberá acompañarse:

a) Copia o transcripción de la sentencia condenatoria, o del auto de procesamiento, prisión o resolución análoga según la legislación de la Parte requirente, con relación sumaria de los hechos, lugar y fecha en que ocurrieron y, en caso de sentencia condenatoria, certificación de que la misma no se ha cumplido totalmente, indicándose el tiempo que faltare por cumplir.

b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, si fuere posible, su fotografía y huellas dactilares.

c) Copia o transcripción de los textos legales que tipifican y sancionan el delito con expresión de la pena o medida de seguridad aplicable, los que establecen la competencia de la Parte requirente para conocer del mismo, así como también los referentes a la prescripción de la acción y de la pena o medida de seguridad.

d) Las seguridades sobre la aplicación de las penas o medidas de seguridad a que se refiere el artículo 10, cuando fuere necesario.

Artículo 16.

1. Si los datos o documentos enviados con la solicitud de extradición fueren insuficientes o defectuosos, la Parte requerida lo comunicará lo más pronto posible a la Parte requirente, la que deberá subsanar las omisiones o deficiencias que se hubieran observado dentro del plazo que fije la Parte requerida.

2. Si por circunstancias especiales la Parte requirente no pudiere cumplir dentro de ese plazo, podrá solicitar a la Parte requerida que éste sea prorrogado.

Artículo 17.

La Parte requerida podrá conceder la extradición sin cumplir con las formalidades que establece este Tratado, si la persona reclamada, con asistencia letrada, prestare su expresa conformidad después de haber sido informada acerca de sus derechos a un procedimiento de extradición y de la protección que éste le brinda.

Artículo 18.

1. La Parte requerida comunicará a la Parte requirente, por la vía del artículo 15, su decisión respecto de la extradición.

2. Toda negativa, total o parcial, será motivada.

3. Si se concede la extradición las Partes se pondrán de acuerdo para llevar a efecto la entrega del reclamado, que deberá producirse dentro de un plazo de cuarenta y cinco días, contados desde la comunicación a que se refiere el párrafo 1 de este artículo

4. Si la persona reclamada no fuere recibida dentro de dicho plazo, será puesta en libertad y la Parte recurrente no podrá reproducir la solicitud por el mismo hecho.

5. Al mismo tiempo de la entrega del reclamado, también se entregarán a la Parte requirente los documentos, dinero y efectos que deban ser puestos igualmente a su disposición.

Artículo 19.

1. Si la persona reclamada se encontrase sometida a procedimiento o condena penales en la Parte requerida la entrega podría aplazarse hasta que deje extinguidas; esas responsabilidades en dicha Parte, o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con la Parte requirente.

2. Cuando el traslado pusiere seriamente en peligro la vida o la salud de la persona reclamada la entrega podrá ser postergada hasta que desaparezca tal circunstancia.

3. También se podrá aplazar la entrega del reclamado cuando circunstancias excepcionales de carácter personal y suficientemente serias la hicieran incompatible con razones humanitarias.

Artículo 20.

Negada la extradición por razones que no sean meros defectos formales, la Parte requirente no podrá efectuar a la Parte requerida una nueva solicitud de extradición por el mismo hecho.

Artículo 21.

1. La extradición en tránsito por el territorio de una de las Partes se otorgará previa presentación por la vía del artículo 15 de una solicitud, acompañada de una copia de la comunicación mediante la cual se informa de la concesión de la extradición, juntamente con una copia de la solicitud original de extradición siempre que no se opongan motivos de orden público. Las Partes podrán rehusar el tránsito de sus nacionales.

Corresponderá a las autoridades del Estado de tránsito la custodia del reclamado.

La Parte requirente reembolsará al Estado de tránsito los gastos que éste realice con tal motivo.

2. No será necesario solicitar la extradición en tránsito cuando se utilicen medios de transporte aéreo que no tengan previsto algún aterrizaje en el territorio del Estado de tránsito.

Artículo 22.

La reextradición a un tercer Estado no será otorgada sin el consentimiento de la Parte que hubiere concedido la extradición, salvo en el caso previsto en el párrafo 2 del artículo 13.

A tal efecto deberá efectuarse una nueva solicitud de extradición con todos los requisitos establecidos en este Tratado.

Artículo 23.

1. Si la extradición de una misma persona hubiera sido solicitada por varios Estados, la Parte requerida determinará a cuál de esos Estados entregará el reclamado y notificará su decisión a la Parte requirente.

2. Cuando las solicitudes se refieran al mismo delito la Parte requerida deberá dar preferencia a la solicitud del Estado en cuyo territorio se cometió el delito, salvo que existan circunstancias particulares que recomienden otra cosa.

Las circunstancias particulares que podrán tenerse en cuenta incluyen la nacionalidad y el domicilio habitual de la persona reclamada y las fechas de las respectivas solicitudes.

3. Cuando las solicitudes se efectúen por distintos delitos, la Parte requerida dará preferencia a la que se refiera al delito considerado más grave conforme a sus leyes, salvo que las circunstancias particulares del caso recomienden otra cosa.

Artículo 24.

1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada.

2. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de alguna de las resoluciones previstas en el párrafo 2 del artículo 15 y hará constar la intención de cursar seguidamente una solicitud de extradición. Mencionará, asimismo, el delito por el cual se solicitará, el tiempo y lugar de la comisión de aquél y en la medida de lo posible la filiación de la persona reclamada.

3. La solicitud de detención preventiva se remitirá en forma postal, telegráfica o cualquier otra que deje constancia escrita, por la vía del artículo 15 o por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal.

4. La Parte requerida informará a la Parte requirente de las resoluciones adoptadas y especialmente y con carácter urgente, de la detención y del plazo dentro del cual deberá presentarse la solicitud de extradición.

5. La autoridad competente de la Parte requerida podrá acordar la libertad del detenido adoptando las medidas pertinentes para evitar la fuga. En todo caso se decretará la libertad, si en el plazo de cuarenta días desde la detención, no se hubiese recibido la solicitud de extradición.

6. Si la persona reclamada fuera puesta en libertad por cumplimiento del plazo previsto en el párrafo anterior, la Parte requirente no podrá solicitar nuevamente la detención de la persona reclamada sin presentar la solicitud formal de extradición.

7. Cuando el procedimiento de extradición se iniciase mediante la solicitud prevista en el artículo 15 sin previa petición urgente de detención ésta se llevará a efecto, así como su modificación, de conformidad con la ley de la Parte requerida.

Artículo 25.

1. A petición de la Parte requirente, la Parte requerida asegurará y entregará, en la medida en que lo permitiese su legislación, los documentos, bienes y otros objetos:

a) Que pudiesen servir de piezas de convicción, o b) Que, procediendo del delito, hubiesen sido encontrados en el momento de la detención en poder de la persona reclamada o fueren descubiertos con posterioridad.

2. La entrega de esos documentos, dinero u objetos se efectuará incluso en el caso de que la extradición ya concedida no pudiese tener lugar a consecuencia de la muerte o evasión de la persona reclamada.

3. La Parte requerida podrá conservarlos temporalmente o entregarlos bajo condición de su restitución, si ellos fueren necesarios para la sustanciación de un proceso penal en trámite.

4. En caso de concederse la extradición de un sujeto condenado por haber cometido delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el destino de sus bienes eventualmente denominados como producto de dichos delitos, se regulará por medio de un acuerdo adicional.

5. En todo caso quedarán a salvo los derechos que la Parte requerida o terceros hubieran adquirido sobre los citados objetos. Si existieren tales derechos, los objetos serán restituidos lo antes posible y sin gastos a la Parte requerida.

Artículo 26.

Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán a cargo de ésta salvo los gastos de transporte internacional de la persona reclamada, que serán a cargo de la parte requirente.

Artículo 27.

La Parte requirente podrá designar un representante oficial con legitimación para intervenir ante la autoridad judicial en el procedimiento de extradición. Dicho representante será citado en forma, para ser oído antes de la resolución judicial sobre la extradición.

Artículo 28.

1. El presente Tratado está sujeto a ratificación.

2. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después del canje de los Instrumentos de ratificación y tendrá una duración de tres años.

3. Si ninguna de las Partes hubiere notificado a la otra noventa días antes de la expiración del período de tres años a que se refiere el párrafo anterior, su intención de denunciar el Tratado, éste continuará en vigor por otros tres años, y así sucesivamente por períodos adicionales de igual duración.

En testimonio de lo cual los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Tratado.

Hecho en Madrid a los veinticuatro días del mes de abril del año de mil novecientos noventa, en dos ejemplares igualmente auténticos y haciendo igualmente fe,

El presente Tratado entrará en vigor el 27 de mayo de 1995, treinta días después de la fecha en que tuvo lugar en La Paz el canje de los Instrumentos de ratificación, según se establece en su artículo 28.

**Convenio entre el Reino de España y la República Arabe de Egipto
sobre traslado de personas condenadas, firmado en El Cairo
el 5 de abril de 1994 (BOE de 26 de junio de 1995).**

**CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPUBLICA
ARABE DE EGIPTO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS
CONDENADAS**

El Reino de España y la República Arabe de Egipto deseosos de promover la cooperación entre los dos países en la esfera judicial, han resuelto concertar un Convenio relativo al traslado de personas condenadas, y han convenido en lo siguiente:

*TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS CON EL FIN
DE EJECUTAR RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIAL PENAL*

TITULO I

Artículo 1. *Disposiciones generales.*

Los Estados contratantes se comprometen a prestarse mutuamente, en las condiciones previstas por el presente Convenio, la cooperación más amplia posible en materia de traslado de personas condenadas, con el fin de proseguir la ejecución de las resoluciones dictadas en materia penal en virtud de las cuales un tribunal de uno de los dos Estados haya impuesto con carácter definitivo, contra un nacional del otro Estado, una pena privativa de libertad.

Artículo 2.

A efectos del presente Convenio:

a) Se entenderá por «Estado de condena» el Estado en que ha sido condenado el delincuente y del cual se le traslada. b) Se entenderá por «Estado de cumplimiento» el Estado al cual se traslada al condenado con el fin de que cumpla en él su pena. c) Por «persona condenada» se entenderá cualquier persona que, habiendo sido objeto en el territorio de uno u otro Estado de una resolución judicial de culpabilidad, está obligada a cumplir una pena privativa de libertad y se encuentra detenida.

Artículo 3.

La solicitud de traslado podrá ser presentada por la persona condenada ante el Estado de condena o ante el Estado de cumplimiento.

Artículo 4.

El presente Convenio se aplicará en las condiciones siguientes:

a) La infracción que motive la solicitud deberá estar sancionada por una pena privativa de libertad en la legislación de cada uno de los dos países.

b) La resolución judicial en virtud de la cual se imponga la condena deberá ser irrevocable y ejecutiva y no basarse en hechos que hayan sido objeto de sentencia definitiva en el Estado de cumplimiento o hayan prescrito en este último Estado:

c) El condenado deberá ser nacional del Estado de cumplimiento en el momento de presentar la solicitud.

d) El condenado o, cuando sea incapaz, su representante legal, deberá dar su consentimiento.

e) La duración de la condena que todavía le quede por cumplir al condenado deberá ser de al menos seis meses en la fecha de recepción de la solicitud de traslado. En casos excepcionales, los dos Estados podrán convenir un traslado aun cuando sea inferior la duración de la condena que le quede por cumplir al condenado.

Artículo 5.

Cualquier condenado a quien pueda aplicarse el presente Convenio deberá ser informado por el Estado de condena del tenor del presente Convenio.

El condenado deberá ser informado por escrito de cualquier decisión adoptada por uno de los dos Estados con respecto a una solicitud de traslado.

Artículo 6.

Se denegará el traslado del condenado si uno de los dos Estados considera que el traslado pueda redundar en menoscabo de su soberanía de su seguridad, de su orden público o de otros intereses esenciales.

TITULO II

Procedimiento

Artículo 7.

La solicitud a que se refiere el presente Convenio deberá formularse por escrito y acompañarse:

a) De una copia certificada conforme de la sentencia provista de una certificación acreditativa de que tiene fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo.

b) Del texto de las disposiciones legales aplicadas y de la tipificación de la infracción.

c) De la información más precisa que sea posible sobre la persona condenada, su nacionalidad, su domicilio y su lugar de residencia habitual.

d) De la indicación de la condena ya cumplida.

e) Si procede, de una declaración en la que se haga constar el consentimiento del detenido al traslado y su conocimiento de las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo.

f) De cualquier otro documento que sea de interés para el examen de la solicitud.

Si el Estado requerido estima que las informaciones y anejos facilitados son insuficientes, solicitará las informaciones complementarias necesarias.

Podrá señalar un plazo para la comunicación de las informaciones complementarias; este plazo podrá prorrogarse previa solicitud justificada. A falta de la información

complementaria, el Estado requerido decidirá sobre la base de las informaciones y anejos que se hayan puesto a su disposición.

Artículo 8.

Antes de aceptar la solicitud de traslado, el Estado de cumplimiento deberá poner en conocimiento del Estado de condena la pena máxima prevista por su legislación para los mismos hechos y los efectos del cumplimiento de la sentencia condenatoria.

Artículo 9.

Las solicitudes de traslado deberán ser dirigidas por el Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia del Estado requerido, directamente o Por conducto diplomático:

Artículo 10.

Sobre la base de una solicitud de traslado, el Estado requerido decidirá libremente la aceptación o denegación de la solicitud. Deberá informar de su decisión al Estado requirente.

Cualesquiera de los dos Estados podrá denegar el traslado de la persona condenada sin estar obligado a dar ninguna explicación.

Artículo 11.

No será necesario que la documentación enviada en aplicación del presente Convenio se encuentre certificada. Estará provista de la firma y del sello de la Autoridad competente.

Artículo 12.

Las solicitudes de traslado y la documentación justificativa, así como cualquier información intercambiada en virtud del presente Convenio, estarán redactadas en la lengua del Estado requirente y acompañadas de una traducción jurada a la lengua del Estado requerido, al francés o al inglés.

TITULO III

La ejecución del traslado y sus condiciones

Artículo 13.

a) En caso de aceptación de la solicitud, la autoridad competente del Estado de cumplimiento hará que prosiga el cumplimiento de la pena privativa de libertad encontrándose vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal y como resulten de la condena.

b) El traslado no deberá en ningún caso dar lugar al agravamiento de la situación de la persona condenada.

c) Las modalidades de cumplimiento, incluida la puesta en libertad condicional, se regirán por la legislación del Estado de cumplimiento.

d) El período de privación de libertad cumplido en el Estado de condena se descontará íntegramente de la duración de la pena que deba cumplirse en el Estado de cumplimiento.

Artículo 14.

a) En caso de traslado de la ejecución la resolución del Estado de condena tendrá la misma validez jurídica en el Estado de cumplimiento que tengan las resoluciones dictadas en materia penal en este último Estado.

b) Cuando se acepte la solicitud de traslado, el Estado de condena entregará a la brevedad posible al condenado al Estado de cumplimiento.

c) Si el condenado se sustrae a la ejecución de la pena en el Estado de cumplimiento, el Estado de condena recuperará su derecho de ejecución para la parte de la pena pendiente de cumplimiento.

d) El derecho del Estado de condena a ejecutar la condena se extinguirá definitivamente si el condenado ha cumplido la pena o si ha sido dispensado definitivamente de su cumplimiento.

e) Cuando la infracción que sirva de base a la solicitud de traslado hubiere sido objeto de actuaciones penales en el Estado de cumplimiento y se hubiere aceptado la solicitud, este último Estado pondrá fin a esas actuaciones.

El Estado de cumplimiento deberá poner fin a la ejecución de la condena cuando sea informado por el Estado de condena de cualquier resolución o medida que tenga como efecto privar a la condena de su carácter ejecutivo.

Artículo 15.

Únicamente el Estado de condena podrá conceder la amnistía el indulto o la conmutación de la pena de conformidad con su Constitución o sus leyes.

No obstante, el Estado de cumplimiento podrá pedir al Estado de condena la concesión del indulto o la conmutación mediante solicitud motivada que será examinada con benevolencia.

Artículo 16.

Sólo el estado de condena tendrá derecho a fallar sobre cualquier recurso de revisión interpuesto contra la sentencia.

Artículo 17.

El Estado de condena informará sin demora al Estado de cumplimiento de cualquier resolución o medida que ponga fin, en todo o en parte, al cumplimiento de la pena impuesta.

Artículo 18.

El condenado a quien se traslade en aplicación del presente Convenio al Estado de cumplimiento no podrá ser procesado, juzgado ni sometido a ninguna otra limitación de su libertad personal en ese Estado, ni tampoco ser objeto de extradición a un tercer Estado por hechos que haya cometido antes de su traslado y respecto de los cuales no se haya solicitado su traslado, ni por motivos que se hayan producido antes de su traslado.

La limitación prevista en el párrafo primero del presente artículo no será aplicable si:

- a) El Estado de condena da su consentimiento al procesamiento o a la ejecución de la pena.
- b) Si, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo legítimamente, el condenado no hubiere abandonado el territorio del Estado de cumplimiento en los treinta días siguientes a su liberación definitiva, o si, después de haberlo abandonado, hubiere regresado a él voluntariamente.

Artículo 19.

Los gastos ocasionados por la aplicación del presente Convenio serán por cuenta del Estado de cumplimiento, a excepción de los gastos ocasionados exclusivamente en el territorio del Estado de condena.

TITULO IV**Disposiciones finales****Artículo 20.**

Todas las resoluciones relativas a la ejecución del presente Convenio serán dictadas por el Ministerio de Justicia o por la Autoridad competente conforme a las disposiciones legales de cada uno de los dos Estados.

Artículo 21.

Todas las solicitudes, comunicaciones y modificaciones relativas a la ejecución de las disposiciones del presente Convenio se dirigirán al Ministerio de Justicia español y al Ministerio de Justicia egipcio.

Artículo 22.

El presente Convenio será aplicable al cumplimiento de las condenas dictadas tanto antes como después de su entrada en vigor.

Artículo 23.

Cualquier dificultad de interpretación o de aplicación del presente Convenio se resolverá por conducto diplomático.

Artículo 24.

Cada uno de los Estados contratantes notificará al otro por conducto diplomático el cumplimiento de los procedimientos exigidos por su Constitución para la entrada en vigor del presente Convenio, que será efectiva el sexagésimo día siguiente a la fecha de la última de esas notificaciones.

Artículo 25.

Cada uno de los dos Estados podrá denunciar el presente Convenio en cualquier momento cursando al otro, por conducto diplomático, una notificación de denuncia por escrito.

En ese caso, la denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha de recepción de dicha notificación.

En fe de lo cual, los representantes de los dos Estados, debidamente autorizados, firman el presente Convenio y estampan en él sus sellos.

Hecho en el El Cairo el 5 de abril de 1994, por duplicado, en los idiomas español, árabe y francés, siendo los tres textos igualmente auténticos.

El presente Convenio entrará en vigor el 1 de agosto de 1995, sexagésimo día siguiente a la fecha de la última notificación de cumplimiento de los procedimientos constitucionales exigidos, según se establece en su artículo 24.

**Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social
(BOE de 30 de junio de 1995).**

EXPOSICION DE MOTIVOS

La figura del delito fiscal introducida en el artículo 319 del Código Penal, mediante la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en sustitución del antiguo delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria, ha requerido para su plena consolidación en nuestro ordenamiento la superación de los defectos iniciales de su construcción y la formación de una doctrina jurisprudencial elaborada mediante su aplicación por los Tribunales.

En la actualidad, para que la regulación de esta figura produzca los frutos deseados dentro de la política de lucha contra el fraude, es preciso realizar una serie de modificaciones normativas que, por una parte, afectan al tipo delictivo y, por otra, a la necesaria coordinación entre el ordenamiento penal y el tributario.

Entre las modificaciones del tipo delictivo destaca, especialmente, la relativa a la regulación de forma expresa de la elusión del pago de retenciones e ingresos a cuenta de retribuciones en especie como elemento integrante del tipo delictivo, dada la importancia de estos ilícitos y su trascendencia en el ordenamiento tributario.

Asimismo, resulta absolutamente necesario determinar la relación existente entre la regularización tributaria, autorizada expresamente por el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria, y el delito fiscal, lo que conlleva la ausencia de responsabilidad penal para estas conductas siempre que se realicen de manera espontánea, extendiéndose dicha exención a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en que el sujeto hubiese podido incurrir en relación con la deuda tributaria objeto de regularización. Esta regulación tiene por objeto salvaguardar el cumplimiento voluntario

de sus obligaciones por los contribuyentes. Asimismo, dicha regulación se hace también necesaria para integrar de forma plena, las regularizaciones autorizadas por la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el conjunto del ordenamiento jurídico. Por lo que respecta a cuantas otras personas puedan resultar responsables de los delitos se aplicarán las normas generales del Código Penal, conforme al Título II del Libro Primero de este Código.

Por otra parte, razones económicas y políticas avalan la oportunidad de actualizar las cuantías determinantes de la comisión del delito de fraude en subvenciones contemplado en el artículo 350, y del delito contable del artículo 350 bis.

Junto a ello, la necesidad de proteger suficientemente el patrimonio de la Seguridad Social, al objeto de posibilitar el cumplimiento de sus funciones institucionales, aconsejan la protección de este bien jurídico mediante la introducción de una figura de gran similitud con el delito fiscal, el delito contra la Seguridad Social.

En efecto, los delitos contra la Seguridad Social son ciertamente equiparables, en principio, a los delitos contra la Hacienda Pública en el sentido de que materialmente la defraudación cuando existe, está también referida a recursos de titularidad estatal en último término.

Mas la elusión en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, dentro de los delitos económicos, constituye un específico delito contra el patrimonio de la misma caracterizado, frente a otras modalidades de actuación contra este patrimonio, porque tutela de manera singular la función recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social cuando se la deja en situación de desconocimiento de la existencia de los hechos que fundamentan el nacimiento y la cuantía de la deuda para con la Seguridad Social, bien sea de la totalidad de la misma elusión total o bien de parte de ella determinándola voluntariamente en cuantía inferior a la debida elusión parcial, de haberse aplicado correctamente, en uno y otro caso, las normas reguladoras de la cotización a la Seguridad Social.

Especial relevancia adquiere, en el contexto de la lucha contra el fraude fiscal y contra la Seguridad Social, la creación en ambas figuras delictivas de tipos cualificados por la concurrencia de circunstancias que denotan una especial voluntad de defraudar y de dificultar la investigación de los hechos constitutivos del delito o que revisten especial trascendencia y gravedad por el importe de lo defraudado o por la existencia de una estructura organizativa de fraude.

Artículo único. *Modificación del Título VI del Libro II del Código Penal.*

El Título VI del Libro II del Código Penal, con la rúbrica «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», comprenderá los artículos 349, 349 bis, 350 y 350 bis, con la siguiente redacción:

Artículo 349.

1. El que, por acción u omisión dolosa, defraudare a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 15.000.000 de pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se tratare de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración y, si éstos fueran inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Público o el Juez Instructor realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

Artículo 349 bis.

1. Las penas señaladas en el número 1 del artículo 349 de este Código serán aplicables al que, por acción u omisión dolosa, defraudare a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 5.000.000 de pesetas.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su grado máximo cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado 1 de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 350.

1. El que obtuviere una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones Públicas de más de 10.000.000 de pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

2. El que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas cuyo importe supere los 10.000.000 de pesetas, incumpliere las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida, será castigado con la pena de prisión menor y con multa del tanto al séxtuplo de la misma.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable, con carácter accesorio, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Público, el Abogado del Estado o el representante de la Administración Autónoma o Local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

Artículo 350 bis.

Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1.500.000 a 3.000.000 de pesetas el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales:

a) Incumpliera absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas.

d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren las letras c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 30.000.000 de pesetas por cada ejercicio económico.»

DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA. *Regularización tributaria autorizada por la Ley 18/1991, de 6 de junio.*

Quedarán exentos de responsabilidad penal quienes suscribieron Deuda Pública Especial en los términos, plazos y condiciones establecidas en la disposición adicional decimotercera de la Ley 18/1991, de 6 de junio, y apliquen su precio efectivo de adquisición, de acuerdo con lo previsto en la citada disposición, a la reducción de rentas o patrimonios netos no declarados, en relación con las deudas tributarias derivadas de dichas rentas o patrimonios.

También quedarán exentos de responsabilidad penal, en relación con las deudas anteriormente mencionadas, quienes hubieren regularizado su situación tributaria con arreglo a lo previsto en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 18/1991, de 6 de junio.

La exención de responsabilidad penal contemplada en los párrafos anteriores alcanzará igualmente a dichos sujetos por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, los mismos pudieran haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

DISPOSICION ADICIONAL SEGUNDA.

La exención de responsabilidad penal, contemplada en los párrafos segundos de los artículos 349.3, 349 bis.3, y 350.4 de la presente Ley, resultará igualmente aplicable aunque las deudas objeto de regularización sean inferiores a las cuantías establecidas en los citados artículos.

DISPOSICION FINAL UNICA. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE de 6 de julio de 1995).

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, faculta al Gobierno para regular y constituir la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias creada por su artículo 13, así como sus órganos administrativos de apoyo: la Secretaría de la Comisión y el Servicio Ejecutivo. Debe observarse que la Ley 19/1993 ha optado por ampliar las competencias de los órganos administrativos que actualmente tienen asumidas diversas funciones en relación al régimen de las transacciones económicas con el exterior y del control de cambios, en vez de crear nuevas estructuras administrativas, por lo que las competencias en materia de prevención del blanqueo de capitales han pasado a ser ejercidas, como señala la propia Ley, por estos mismos órganos.

En base a estas consideraciones el presente Real Decreto viene a conformar los aspectos organizativos y de funcionamiento de tales órganos administrativos, y a tal fin se determina la composición de la Comisión y de su Comité Permanente; se concreta la

unidad administrativa a la que corresponderá ejercer las funciones de Secretaria de la Comisión, estableciéndose las competencias de la misma. Asimismo se determina la adscripción del Servicio Ejecutivo al Banco de España y el régimen de su funcionamiento.

Por otra parte, si bien la exposición de motivos de la Ley 19/1993 declara su inmediata eficacia desde la fecha de su publicación, en el articulado de dicha Ley se contienen importantes remisiones al correspondiente desarrollo reglamentario, como, por ejemplo, las que se refieren en sus artículos 2, 3 y 5. Con objeto de cumplir esta exigencia legal el presente Real Decreto aborda la regulación de dichas materias, y por ello se determinan las actividades consideradas particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales y las correspondientes obligaciones a que están sometidas las personas físicas y jurídicas que ejerzan tales actividades; se pormenorizan las distintas actuaciones y procedimientos que deben llevar a cabo los distintos sujetos obligados y, sobre todo, se especifican las operaciones que, por entenderse que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas señaladas en el artículo 1 de la Ley 19/1993, deben ser comunicadas en todo caso al Servicio Ejecutivo. Asimismo se recoge la previsión legal de la exención de responsabilidad por el suministro de las informaciones requeridas y se establece el procedimiento sancionador aplicable por el incumplimiento de las disposiciones legales en esta materia.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, con la aprobación del Ministro para las Administraciones Públicas de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 9 de junio de 1995,

DISPONGO:

Artículo único. *Aprobación del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.*

El presente Real Decreto aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que se inserta a continuación.

DISPOSICION DEROGATORIA UNICA. *Derogación normativa.*

A la entrada en vigor del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto queda derogado el Real Decreto 2391/1980, de 10 de octubre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios.

DISPOSICION FINAL PRIMERA. *Habilitación normativa.*

El Ministro de Economía y Hacienda, previo cumplimiento de los trámites legales oportunos, dictará cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de lo establecido en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

DISPOSICION FINAL SEGUNDA. *Entrada en vigor.*

El presente Real Decreto y el Reglamento que se aprueba entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**REGLAMENTO DE LA LEY 19/1993, DE 28 DE DICIEMBRE,
SOBRE DETERMINADAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO
DE CAPITALES**

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Ambito de aplicación.

1. El presente Reglamento regula, en desarrollo de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales las obligaciones, actuaciones y procedimientos dirigidos a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes de:

- a) Actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.
- b) Actividades delictivas relacionadas con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
- c) Actividades delictivas realizadas por bandas o grupos organizados.

2. A efectos del presente Reglamento se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.

3. El cumplimiento de las obligaciones recogidas en el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en cualesquiera otras disposiciones que resulten de aplicación.

Artículo 2. Sujetos obligados.

1. Quedan sujetas a las obligaciones establecidas en el presente Reglamento:

- a) Las entidades de crédito.
- b) Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida.
- c) Las sociedades y agencias de valores.
- d) Las instituciones de inversión colectiva.
- e) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones.
- f) Las sociedades gestoras de cartera.
- g) Las sociedades emisoras de tarjetas de crédito.
- h) Las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda, sea o no como actividad principal, respecto a las operaciones relacionadas con esa actividad.

Se entenderán incluidas entre las anteriores los establecimientos financieros de crédito a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, así como las personas o entidades extranjeras que, a través de

sucursales o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las entidades anteriormente citadas.

2. Quedarán también sujetas a las obligaciones establecidas en el presente Reglamento con las especialidades a que se refiere el artículo 16, conforme a lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 19/1993, las personas físicas o jurídicas que ejerzan las siguientes actividades profesionales o empresariales:

- a) Los casinos de juego.
- b) Las actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles.
- c) Las actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos.
- d) Las actividades relacionadas con el comercio de objetos de arte y antigüedades.
- e) Las actividades de inversión filatélica y numismática.

CAPITULO II

Obligaciones

SECCIÓN 1.^a RÉGIMEN GENERAL

Artículo 3. *Identificación de los clientes.*

1. Los sujetos obligados exigirán la presentación de los documentos acreditativos de la identidad de sus clientes, habituales o no, en el momento de entablar relaciones de negocio o de efectuar cualesquiera operaciones, salvo en los supuestos previstos en el artículo 4 del presente Reglamento.

2. Cuando el cliente sea persona física deberá presentar documento nacional de identidad, permiso de residencia expedido por el Ministerio de Justicia e Interior, pasaporte o documento de identificación válido en el país de procedencia que incorpore fotografía de su titular, todo ello sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF) o el número de identificación de extranjeros (NIE), según los casos, de acuerdo con las disposiciones vigentes. Asimismo se deberán acreditar los poderes de las personas que actúen en su nombre.

3. Las personas jurídicas deberán presentar documento fehaciente acreditativo de su denominación, forma jurídica, domicilio y objeto social, sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF).

Asimismo se deberán acreditar los poderes de personas que actúen en su nombre

4. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes o personas cuya identificación fuera preceptiva no actúan por cuenta propia, los sujetos obligados recabarán la información precisa a fin de conocer tanto la identidad de los representantes, apoderados y autorizados, como de las personas por cuenta de las cuales actúan, en los términos previstos en el presente artículo.

Artículo 4. *Excepciones a la obligación de identificar.*

1. A los efectos del presente Reglamento las entidades financieras enumeradas en el artículo 2.1, cuando actúen como clientes, no tendrán la obligación de identificarse según se dispone en el artículo 3 anterior, salvo que se trate de las personas físicas o jurídicas que ejerzan la actividad de cambio de moneda a que se refiere el artículo 2.1 «in fine» del presente Reglamento.

2. Asimismo, la obligación de identificación de los clientes quedará exceptuada en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de operaciones cuyo importe no supere 2.500.000 pesetas o su contravalor en divisas. Cuando se aprecie que los clientes fraccionan la operación en varias con el fin de eludir el deber de identificación se sumará el importe de todas ellas y se procederá a exigir su identificación.

Igualmente existirá el deber de identificación en aquellas operaciones que, tras su examen por los sujetos obligados conforme a lo establecido en el artículo 5.1 del presente Reglamento, presenten indicios o certeza de que están relacionadas con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículos, incluso cuando el importe de las mismas sea inferior al umbral antes mencionado.

b) Cuando se trate de contratos de planes de pensiones o de jubilación suscritos en virtud de una relación de trabajo o de la actividad profesional del asegurado, siempre que dichos contratos no contengan cláusula de rescate ni puedan servir de garantía para un préstamo.

c) Cuando se trate de contratos de seguros de vida y complementarios realizados por empresas debidamente autorizadas, cuando el importe de la prima o primas periódicas a pagar durante un año no exceda de 200.000 pesetas o si se trata del pago de una prima única, cuando el importe sea inferior a 500.000 pesetas.

d) Cuando se haya establecido que el importe de la contraprestación de los seguros de vida y complementarios deba ser adecuado en una cuenta abierta a nombre del cliente en una entidad de crédito sujeta a la obligación enunciada en el artículo 3.

Artículo 5. *Examen especial de determinadas operaciones.*

1. Los sujetos obligados examinarán con cuidadosa atención, siguiendo el procedimiento interno que establezcan, cualquier operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar aparentemente vinculada al blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1.

2. Al establecer los procedimientos y medidas de control interno a que se refiere el artículo 11 del presente Reglamento los sujetos obligados concretarán el modo que se dará cumplimiento a este deber de examen especial que incluirá la elaboración y difusión entre sus directivos y empleados de una relación de operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales, así como la periódica revisión de tal relación. En ella se incluirán, en todo caso, entre otros, los siguientes supuestos:

a) Cuando la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se corresponda con su actividad o antecedentes operativos.

b) Cuando una misma cuenta, sin causa que lo justifique, venga siendo abonada mediante ingresos en efectivo por un número elevado de personas.

3. En todo caso, si del examen de las operaciones a que se refiere el presente artículo se desprendieren indicios o certeza de blanqueo de capitales se procederá a la inmediata comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo), de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.

Artículo 6. *Conservación de documentos.*

1. Los sujetos obligados conservarán durante seis años los documentos o registros correspondientes que, con fuerza probatoria, acrediten adecuadamente la realización de las operaciones y las relaciones de negocio de sus clientes con la entidad.

También conservarán durante seis años copias de los documentos exigidos para la identificación de los clientes que las hubieran realizado o que hubieran entablado dichas

relaciones de negocio con la entidad, siempre que fuere preceptiva la comunicación de operaciones al Servicio Ejecutivo conforme los artículos 5, 3 y 7, apartados 1 y 2, o la identificación de los clientes conforme los artículos 3 y 4.

2. El plazo indicado se contará a partir del día en que finalicen las relaciones con un cliente para los documentos relativos a su identificación, y a partir de la ejecución de cada operación, para la conservación de los documentos o registros que la acreditan.

Artículo 7. *Comunicación de operaciones al Servicio Ejecutivo.*

1. Los sujetos obligados colaborarán con el Servicio Ejecutivo y a tal fin comunicarán inmediatamente cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1, así como cualquier circunstancia relacionada con dichos hechos u operaciones que se produzcan con posterioridad.

2. En todo caso, los sujetos obligados comunicarán al Servicio Ejecutivo:

a) Las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de los que sean objeto de abono o cargo en la cuenta de un cliente por importe superior a 5.000.000 de pesetas o su contravalor en moneda extranjera.

b) Operaciones con o de personas físicas o jurídicas residentes en territorios o países que tengan la consideración de paraíso fiscal, de acuerdo con el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, cuando el importe de las mismas sea superior a 5.000.000 de pesetas o su contravalor en moneda extranjera.

c) Cualesquiera otras que, a propuesta de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias se recojan en las disposiciones de aplicación del presente Reglamento.

En los casos en que cualquiera de las operaciones incluidas en el presente apartado presente indicios o certeza de estar relacionada con el blanqueo de capitales se estará a lo dispuesto en el apartado 1 anterior.

3. La obligación de comunicación a que se refiere el apartado anterior, no será de aplicación cuando por tratarse de operaciones relativas a clientes habituales y respecto de los que los sujetos obligados conozcan suficientemente la licitud de sus actividades no concurren las circunstancias previstas en el apartado 1 anterior.

4. Las comunicaciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo se efectuarán a través de los órganos de control interno y por los procedimientos que se establezcan de acuerdo con el artículo 13, y contendrán, en todo caso, la siguiente información:

a) Relación e identificación de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación y el concepto de su participación en la misma.

b) Relación de las operaciones y fechas a que se refieren con indicación de su naturaleza, moneda en que se realizan, cuantía, lugar o lugares de ejecución, finalidad e instrumentos de pago o cobro utilizados.

c) Exposición de las circunstancias de toda índole de las que pueda inferirse el indicio o certeza de vinculación al blanqueo de capitales.

d) Cualesquiera otros datos que el Servicio Ejecutivo determine en el ejercicio de sus competencias.

5. La comunicación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se entenderá efectuada cuando se haya actuado según lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 8. *Cumplimentación de la información requerida por el Servicio Ejecutivo.*

1. Los sujetos obligados colaborarán con el Servicio Ejecutivo facilitando, conforme a lo establecido en el artículo 3.4.b) de la Ley 19/1993, la información que éste re-

quiera en el ejercicio de sus competencias, dicha información podrá versar sobre cualquier dato o conocimiento obtenido por los sujetos obligados respecto de las operaciones que realicen y las personas que en ellas intervengan.

2. Los requerimientos de información que realice el Servicio Ejecutivo precisarán con toda claridad los aspectos que hayan de ser informados y el plazo en que hayan de ser atendidos. Transcurrido el plazo para la cumplimentación de la información requerida sin que ésta haya sido aportada o cuando se aporte de forma incompleta por omisión de datos básicos que impidan al Servicio Ejecutivo examinar la situación en debida forma se entenderá incumplida la obligación a que se refiere el presente artículo. No obstante, si los datos omitidos no invalidasen la información solicitada, el Servicio Ejecutivo solicitará del sujeto obligado que complete dicha información con indicación del plazo para cumplimentar este segundo requerimiento que, en caso de no ser atendido, se calificará como incumplimiento de la obligación de información.

3. La información se comunicará a través de los órganos de control interno y por los procedimientos que se establezcan conforme al artículo 13 y contendrá de forma detallada, clara y completa todos los datos requeridos. En caso de no disponer de toda la información solicitada se hará constar expresamente.

Artículo 9. *Abstención de ejecución de operaciones.*

1. Los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar cualquier operación de las señaladas en el apartado 1 del artículo 7 sin haber efectuado previamente la comunicación prevista en dicho artículo.

2. No obstante, cuando dicha abstención no sea posible o pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de la operación, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo efectuando la comunicación inmediatamente después de la ejecución:

Artículo 10. *Deber de confidencialidad.*

Los sujetos obligados no revelarán al cliente ni a terceros las actuaciones que estén realizando en relación con sus obligaciones derivadas de la Ley 19/1993 en la forma regulada por el presente Reglamento.

Artículo 11. *Medidas de control interno.*

1. Los sujetos obligados que sean bien personas jurídicas, bien establecimientos o empresarios individuales cuyo número de empleados sea superior a 25, establecerán procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación a fin de conocer, prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Dichos procedimientos preverán, en su caso, las comunicaciones precisas a tal fin con entidades filiales, incluso extranjeras, o entidades del mismo grupo.

Se entiende que los referidos procedimientos y órganos son adecuados cuando su articulación responda a los principios de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación tanto en la transmisión interna como en el análisis y comunicación al Servicio Ejecutivo de la información relevante a los efectos de la normativa sobre prevención de blanqueo de capitales.

2. En los casos en que los sujetos obligados sean establecimientos o empresarios individuales cuyo número de empleados no sea superior a 25 el titular de la actividad desempeñará las funciones de órgano de control interno y de comunicación a que se refiere el apartado anterior.

3. Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas a fin de que sus empleados y directivos comuniquen inmediatamente a los órganos de control y comunicación

los hechos con relevancia en la prevención del blanqueo de capitales. Las comunicaciones habrán de contener como mínimo los datos que permitan individualizar el sujeto o sujetos afectados, hechos u operaciones, cuantías, lugar y fechas a que se circunscriben.

De dichas comunicaciones deberán quedar constancia tanto para el comunicante como para el órgano de comunicación.

Efectuada la comunicación al órgano de control y comunicación el directivo o empleado quedará exento de responsabilidad.

4. Los órganos de control y comunicación adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados y directivos que hayan realizado una comunicación.

5. Recibida una comunicación por los órganos de control y comunicación éstos procederán a su inmediato análisis o comprobación para determinar la relación de los hechos u operaciones comunicados con el blanqueo de capitales. Si se apreciara indicio o certeza de blanqueo de capitales se procederá conforme, a lo indicado en los artículos 7 a 10 anteriores.

Cualquiera que sea el criterio adoptado se informará al empleado o directivo comunicante del curso dado a su comunicación.

6. Los sujetos obligados remitirán al Servicio Ejecutivo información completa sobre la estructura y funcionamiento del órgano de control y comunicación y de los procedimientos a que se refieren los apartados anteriores para su supervisión. El Servicio Ejecutivo supervisará la idoneidad de dichos órganos y procedimientos, pudiendo proponer las medidas correctoras oportunas, así como dirigir instrucciones a los sujetos obligados encaminadas a la mejora y adecuación de los procedimientos y órganos.

Cualquier modificación de la estructura y funcionamiento de dicho órgano o de los indicados procedimientos será igualmente objeto de supervisión por el Servicio Ejecutivo conforme a lo indicado en este apartado.

Artículo 12. *Organos de control interno y de comunicación.*

1. Los órganos de control interno y comunicación previstos en el artículo anterior tendrán como misión analizar, controlar y comunicar al Servicio Ejecutivo toda la información relativa a las operaciones o hechos susceptibles de estar relacionados con el blanqueo de capitales, por los procedimientos establecidos de acuerdo con los artículos 11 y 13.

A tal efecto los sujetos obligados adoptarán las medidas necesarias para que el referido órgano u órganos estén dotados de los medios humanos, materiales, técnicos y organizativos adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

2. Al frente de cada uno de dichos órganos existirá un representante del sujeto obligado ante el Servicio Ejecutivo que será el encargado de transmitir al mismo la información a que se refieren los artículos 7 y 8 y de recibir las solicitudes y requerimientos de aquél.

3. Los representantes a que se refiere el apartado anterior habrán de reunir como mínimo los siguientes requisitos:

a) Ser nombrados por el órgano de dirección en los casos en que el sujeto obligado sea persona jurídica, establecimientos o empresario individual con un número de empleados superior a 25.

b) Tener un comportamiento profesional que les cualifiquen como personas idóneas para el ejercicio del cargo.

c) Poseer conocimientos y experiencia para ejercer las funciones a que se refiere el apartado 1 anterior.

4. En el supuesto previsto en el artículo 11.2 el representante será el titular de la actividad o, en su caso, el empleado que éste designe.

5. La propuesta de nombramiento de los representantes habrá de ser comunicada al Servicio Ejecutivo que, de forma razonada, podrá formular reparos u observaciones cuando se estime que los mismos no reúnen los requisitos a que se refiere el apartado 3

anterior. Si en el plazo de quince días desde la comunicación al Servicio Ejecutivo éste no se hubiera pronunciado sobre la propuesta de nombramiento de los representantes, la misma se entenderá aceptada.

Una vez nombrados los representantes se remitirán al Servicio Ejecutivo los documentos que acrediten suficientemente la firma de las personas nombradas, siendo eficaz dicho reconocimiento de firma a partir del día siguiente al de la recepción de la comunicación por el Servicio Ejecutivo.

La comunicación del cese de dichos representantes habrá de ir acompañada de una nueva propuesta de nombramiento,

Artículo 13. *Procedimiento de comunicación.*

1. La comunicación de los sujetos obligados se realizará directamente y por escrito a través de los representantes a que se refiere el artículo 12.

2. No obstante, en supuestos de razonada urgencia, del Servicio Ejecutivo, con la finalidad de conseguir la máxima seguridad, rapidez y control en la transmisión de la información, podrá señalar los medios y formas a través de los cuales se llevarán a cabo las comunicaciones, siempre que quede constancia de la remisión de la recepción de la comunicación, y se reciba el escrito correspondiente en el plazo máximo de quince días hábiles a contar desde el momento en que se produjo la comunicación inicial.

3. Los directivos o empleados de los sujetos obligados podrán comunicar directamente al Servicio Ejecutivo las operaciones que, en el ejercicio de sus funciones, conocieran y respecto de las cuales existan indicios o certeza de estar relacionadas con el blanqueo de capitales, en los casos en que habiendo sido puestas de manifiesto a los órganos de control interno del sujeto obligado, éste no hubiese informado al directivo o empleado comunicante según lo dispuesto en el artículo 11.5 del presente Reglamento.

Artículo 14. *Formación de los sujetos obligados y su personal.*

1. Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas para que el personal a su servicio tenga conocimiento de las exigencias derivadas de la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales. Dichas medidas incluirán la organización, con la participación de los representantes de los trabajadores, de planes de formación y de cursos especiales de formación que, dirigidos a sus empleados en general y específicamente al personal que desempeñe aquellos puestos de trabajo que, por sus características, sean idóneos para detectar los hechos u operaciones que puedan estar relacionados con el blanqueo de capitales, capaciten a estos empleados para efectuar dicha detección y para conocer la manera de proceder en tales casos.

2. La Comisión podrá programar cursos o actividades de información y orientación sobre prevención de blanqueo de capitales dirigidos a los miembros de los órganos de control interno y de comunicación de los sujetos obligados.

La Comisión, en el ejercicio de sus funciones, elaborará y transmitirá recomendaciones que habrán de ser tenidas en cuenta por los sujetos obligados.

Artículo 15. *Exención de responsabilidad.*

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 19/1993 la comunicación de buena fe de las informaciones contempladas en los artículos 7 y 8 precedentes por el sujeto obligado o, excepcionalmente, por sus directivos o empleados no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal o reglamentaria y no implicará para los sujetos obligados, sus directivos o empleados ningún tipo de responsabilidad.

SECCIÓN 2.^a RÉGIMEN ESPECIALArtículo 16. *Ambito y contenido.*

Las personas que realicen las actividades a que se refiere el artículo 2.2 estarán sujetas a las obligaciones siguientes:

a) Exigirán los documentos referidos en el artículo 3 del presente Reglamento, acreditativos de la identificación de los clientes que efectúen operaciones por importes superiores a 1.000.000 de pesetas o su contravalor en moneda extranjera.

Si se apreciase que los clientes fraccionan la operación en varias con el fin de eludir el deber de identificación se sumará el importe de todas ellas y se procederá a exigir su identificación.

En el caso de los caminos de juego la obligación de identificación a que se refiere el presente apartado se aplicará a las siguientes operaciones:

1. La entrega a los clientes de cheques como consecuencia de operaciones de canje de fichas.

2. Las transferencias de fondos realizadas por los casinos a petición de los clientes.

3. La expedición por los casinos de certificaciones acreditativas de ganancias obtenidas por los jugadores.

b) Examinarán con especial atención cualquier operación, con independencia de su cuantía, que pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1, y comunicarán al Servicio Ejecutivo aquellas respecto de las que, tras dicho examen, existan indicios o certeza de que están relacionadas con dicho blanqueo.

Sin perjuicio de lo anterior, los casinos de juego comunicarán en todo caso al Servicio Ejecutivo aquellas operaciones que presenten indicios o certeza de estar vinculadas al blanqueo de capitales y se concreten en alguna de las modalidades previstas en el párrafo a) anterior.

Las comunicaciones a que se refiere el presente apartado deberán reunir los requisitos establecidos en el artículo 7.4.

c) Conservarán durante seis años los documentos acreditativos de las operaciones que superen 5.000.000 de pesetas o su contravalor en moneda extranjera, así como las copias de los documentos identificativos de las personas a que se refiere el párrafo a) anterior.

El plazo indicado se contará a partir de la ejecución de la operación correspondiente.

d) En todos los demás les será de aplicación la regulación de los artículos 8 a 15 inclusive.

CAPITULO III

Procedimiento sancionador

Artículo 17. *Procedimiento sancionador.*

1. El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora derivado de lo previsto en el capítulo II de la Ley 19/1993 será el regulado en el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros.

2. Para determinar la procedencia de la iniciación del procedimiento se podrá acordar por parte de la Secretaría de la Comisión, como órgano competente para la inicia-

ción, la realización de actuaciones previas de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

3. Cuando la entidad infractora sea una entidad financiera o precise de autorización administrativa para operar será preceptivo, para la imposición de la correspondiente sanción, el informe de la institución u órgano administrativo responsable de su supervisión. Este trámite se ajustará a lo previsto en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 18. *Ejecución y publicidad de las sanciones.*

1. La ejecución de las resoluciones sancionadoras firmes corresponderá a la Secretaría de la Comisión.

2. No obstante, cuando en atención a la sanción impuesta y al sujeto infractor, su normativa específica establezca especialidades derivadas de las sanciones correspondientes, la Secretaría de la Comisión comunicará a la institución u órgano administrativo responsable de su supervisión la resolución recaída a los indicados afectos.

CAPITULO IV

Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias

Artículo 19. *Funciones.*

La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias que se crea en el artículo 13 de la Ley 19/1993 desempeñará las funciones que en dicho artículo se le atribuyen.

Artículo 20. *Composición y funcionamiento.*

1. La Comisión, que depende de la Secretaría de Estado de Economía, estará presidida por el titular de esta última y formarán parte de ella:

- a) Un representante del Ministerio Fiscal.
- b) Un representante de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.
- c) Un representante de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas con rango, al menos, de Director general.
- d) El Director general de la Policía.
- e) El Director general de la Guardia Civil.
- f) El Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales.
- g) El Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.
- h) El Director general de Seguros.
- i) El Director general del Tesoro y Política Financiera.
- j) Un Director general de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- k) Un Director general del Banco de España.
- l) El Director del Servicio Ejecutivo de la Comisión.
- m) El Director general de Economía Internacional y Transacciones Exteriores.

n) El Subdirector general de Legislación e Inspección de la Dirección General de Economía Internacional y Transacciones Exteriores, que desempeñará funciones de Secretario de la Comisión.

ñ) Un representante de cada una de las Comunidades Autónomas que dispongan de policía propia para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

2. Sin perjuicio de las peculiaridades previstas en el presente Reglamento, la Comisión se regirá por lo dispuesto en el capítulo II, título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 21. *Comité permanente.*

La Comisión podrá actuar en pleno y a través de un Comité Permanente, cuyas funciones serán, además de las que establezca la propia Comisión la propuesta al Pleno de la adopción de los pertinentes acuerdos para el cumplimiento de las competencias de la Comisión; Su composición será la siguiente:

a) El Presidente, que será el Director general de Economía Internacional y Transacciones Exteriores.

b) Un representante del Ministerio Fiscal.

c) Un representante de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas con rango, al menos, de Director general.

d) El Director general de la Guardia Civil.

e) El Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales.

f) El Director general del Tesoro y Política Financiera.

g) El Director general del Banco de España miembro de la Comisión.

h) El Director general de la Policía.

i) El Director del Servicio Ejecutivo de la Comisión.

j) El Subdirector general de Legislación e Inspección que actuará como Secretario del Comité Permanente.

Artículo 22. *Organos de apoyo.*

De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 19/1993 la Comisión contará con los siguientes órganos de apoyo: Secretaría de la Comisión y el Servicio Ejecutivo de la Comisión.

Artículo 23. *Secretaría de la Comisión.*

La Subdirección General de Legislación e Inspección la Dirección General de Economía Internacional y Transacciones Exteriores ejercerá, además de las competencias que le corresponden en materia de transacciones económicas con el exterior y de control de cambios, las funciones de Secretaría de la Comisión a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley 19/1993. Le corresponderán concretamente:

a) La elaboración de proyectos de normas relacionadas con la aplicación de los aspectos relativos a la infracción de las disposiciones de la Ley 19/1993, que serán elevadas en todo caso para informe de la Comisión o para su aprobación, cuando proceda.

b) La incoación de los procedimientos sancionadores por la comisión de las infracciones previstas en la Ley 19/1993, y la designación de instructores en tales procedimientos, los cuales formularán la correspondiente propuesta de resolución que será elevada a la Comisión para que ésta proceda según lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley 19/1993, en relación con el órgano competente para la imposición de sanciones.

Artículo 24. *Servicio Ejecutivo.*

1. El Servicio Ejecutivo de la Comisión, a que se refiere el artículo 15.2 de la Ley 19/1993, estará adscrito al Banco de España, quien nombrará a su Director.

2. El Servicio Ejecutivo desempeñará las funciones de investigación y prevención de los delitos monetarios e infracciones administrativas de control de cambios así como las actuaciones tendentes a la prevención e impedimento de la utilización del sistema financiero o de empresas de otra naturaleza para el blanqueo de capitales, ejerciendo para ello las competencias a que se refieren los artículos 17.2 y 18 de la Ley 40/1979 y el artículo 15.2 de la Ley 19/1993.

3. A propuesta de la Comisión, el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España podrán determinar el personal a su servicio que ha de ejercer sus funciones para el Servicio Ejecutivo.

Asimismo, la Comisión podrá solicitar de dichos organismos la colaboración con el Servicio Ejecutivo de los expertos que se estimen necesarios para el ejercicio de las competencias de éste.

El personal que preste servicios en el Servicio Ejecutivo, cualquiera que sea su procedencia, mantendrá incompatibilidad absoluta para el ejercicio en otras actividades profesionales públicas o privadas.

Artículo 25. *Brigada de Investigación de Delitos Monetarios.*

1. La actual Brigada del Cuerpo Nacional de Policía de Investigación de Delitos Monetarios, perteneciente a la Dirección General de la Policía, quedará adscrita al Servicio Ejecutivo.

2. Sin perjuicio de las funciones y facultades que le correspondan como Policía Judicial serán funciones específicas de la expresada Brigada, gozando a tal fin de las facultades previstas en las leyes, la investigación y esclarecimiento de cuantos hechos pudieran ser constitutivos de delito dentro del ámbito del régimen jurídico de control de cambios y la colaboración, como unidad policial adscrita al Servicio Ejecutivo, en el ejercicio por éste de las funciones que se corresponden con arreglo al artículo 15.2 de la Ley 19/1993, bien por denuncia, por mandato judicial o por decisión de la Comisión o del Servicio Ejecutivo.

3. El Ministerio de Justicia e Interior, a propuesta de la Comisión, podrá destinar a la Brigada los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que se consideren necesarios para la ejecución de las funciones encomendadas a la misma.

Artículo 26. *Deber de secreto profesional de autoridades y personal al servicio de la Comisión.*

1. Todas las personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para la Comisión y hayan tenido conocimiento de sus actuaciones o de datos de carácter reservado están obligadas a mantener el debido secreto profesional. El incumplimiento de esta obligación determinará las responsabilidades previstas por las leyes. Estas personas no podrán publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo permiso expreso otorgado por la Comisión.

2. Se exceptúan de la obligación establecida en el párrafo anterior los siguientes supuestos:

a) La difusión, publicación o comunicación de los datos cuando el implicado consienta expresamente.

b) La publicación de datos agregados a fines estadísticos, o las comunicaciones en forma sumaria o agregada, de manera que las entidades individuales no puedan ser identificadas ni siquiera indirectamente.

c) La aportación de información a requerimiento de las comisiones parlamentarias de investigación y de las autoridades judiciales o administrativas que, en base al sistema jurídico español, estén facultadas a tales efectos.

3. Las autoridades, personas o entidades públicas que reciban información de carácter reservado procedente de la Comisión quedarán, asimismo, sujetas al secreto profesional regulado en el presente artículo y no podrán utilizarlas sino en el marco del cumplimiento de las funciones que tengan legalmente establecidas.

CAPITULO V

Régimen de colaboración

SECCIÓN 1.^a COLABORACIÓN INTERNA

Artículo 27. *Deberes de autoridades y funcionarios.*

1. Las autoridades que descubran hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de las actividades señaladas en el artículo 1 del presente Reglamento informarán de ello por escrito al Servicio Ejecutivo.

2. Igualmente, los funcionarios públicos y demás personal al servicio de las Administraciones públicas que conocieren hechos a los que se refiere el apartado anterior los pondrán en conocimiento del titular del órgano en que prestan sus servicios a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 anterior.

3. Como funcionarios especialmente obligados a este deber de colaboración se considerará a los Registradores de la Propiedad y Mercantil, Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, quienes deberán informar por escrito al Servicio Ejecutivo de los actos y contratos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función registral o federativa, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 anterior.

Artículo 28. *Colaboración de determinados órganos de supervisión.*

De acuerdo con lo indicado en el artículo 16.2 de la Ley 19/1993, cuando el Servicio Ejecutivo ejerza sus Funciones en relación con entidades financieras sometidas a legislación especial, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Dirección General de Seguros u otro órgano de supervisión, así como el órgano autónomo correspondiente, según los casos, facilitarán toda la información y colaboración precisas para llevarlas a cabo.

SECCIÓN 2.^a COLABORACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 29. *Intercambio de información.*

1. De acuerdo con las directrices que establezca la Comisión, el Servicio Ejecutivo y, en su caso, la Secretaría de la Comisión colaborarán e intercambiarán información directamente o por conducto de las organizaciones internacionales, con las autoridades de

otros Estados que ejerzan competencias análogas, tanto en el marco de convenios y acuerdos internacionales suscritos en esta materia, como de la normativa comunitaria.

2. La colaboración e intercambio de información con Estados miembros de la Unión Europea se condicionará a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales y, en su caso, al principio general de reciprocidad y al sometimiento por las autoridades de dichos Estados a las mismas obligaciones de secreto profesional que rigen para las españolas.

Artículo 30. *Alcance de las peticiones de información.*

1. La Comisión y, en su caso, la Secretaría de la Comisión y el Servicio Ejecutivo podrán solicitar de las autoridades competentes de los demás Estados miembros de la Unión Europea, y cada una de éstas podrá solicitar de aquéllos, datos, informes o antecedentes relativos a la prevención e impedimento de la utilización del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales.

2. Tanto la Comisión como su Secretaría o el Servicio Ejecutivo atenderán aquellas solicitudes de información de las que sean destinatarios, cuando las mismas sean necesarias y complementarias de las investigaciones que hubieran podido realizarse en el país del Estado peticionario para obtener los datos, informes o antecedentes correspondientes.

Artículo 31. *Tramitación de las solicitudes de información.*

1. Recibida por la Comisión, su Secretaría o el Servicio Ejecutivo una solicitud de información con transcendencia en la lucha contra el blanqueo de capitales procedente de la autoridad u organismo competente de otro Estado, el Servicio Ejecutivo o la Secretaría, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, impulsarán su tramitación, requiriendo, si fuese preciso, de los centros directivos correspondientes que se practiquen los trámites o actuaciones precisos para la debida atención de aquélla, en el más breve plazo posible.

2. En el caso de que existan dificultades graves que impidan la obtención de la información que haya sido solicitada, o cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo siguiente, se informará de ello al Ministro de Economía y Hacienda para su comunicación a la autoridad u organismo competente del Estado solicitante, indicando la naturaleza de las dificultades o de las circunstancias señaladas.

Artículo 32. *Limitaciones en el intercambio de información.*

En la cumplimentación de las solicitudes de información de otros Estados se valorará la concurrencia de aspectos relativos a la soberanía, seguridad, política nacional y otros intereses nacionales esenciales.

DISPOSICION ADICIONAL UNICA. *Plazo para informar sobre los órganos de control y comunicación.*

La remisión al Servicio Ejecutivo de la información sobre la estructura y funcionamiento del órgano de control y comunicación de los sujetos obligados a que se refiere el artículo 11.6 del presente Reglamento se efectuará en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del mismo, o desde el inicio de la actividad de dichos sujetos, en su caso.

DISPOSICION TRANSITORIA UNICA. *Contenido y periodicidad de las comunicaciones sobre determinadas operaciones.*

Hasta tanto se dicten las normas de aplicación del presente Reglamento las comunicaciones al Servicio Ejecutivo que hayan de efectuar en todo caso los sujetos obligados en cumplimiento del artículo 7.2 tendrán carácter mensual y deberán contener la siguiente información:

- a) Relación e identificación de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación.
- b) Relación de las operaciones y fechas a que se refieren, con indicación de su naturaleza, moneda en que se realizan, importe, lugar o lugares de ejecución e instrumentos de pago o cobro utilizados.
- c) Cualesquiera otros datos que el Servicio Ejecutivo determine en el ejercicio de sus competencias.

Dichas comunicaciones se remitirán al Servicio Ejecutivo entre los días 1 y 15 de cada mes y las mismas incluirán la relación de las operaciones efectuadas durante el mes inmediatamente anterior.

Ley 22/1995, de 17 de julio, mediante la que se garantiza la presencia judicial en los registros domiciliarios (BOE de 18 de julio de 1995).

EXPOSICION DE MOTIVOS

Por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, cuya Exposición de Motivos en nada hacía referencia a las entradas y registros en lugar cerrado, se modificó el párrafo cuarto del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, inalterablemente desde la promulgación de Ley, venía regulando la asistencia del Secretario a las entradas y registros como garantía procesal de veracidad y legalidad.

Vista la tendencia jurisprudencial que ha emanado del Tribunal Supremo durante el tiempo de vigencia de dicha Ley, a declarar pruebas ilícitas y por tanto nulas las obtenidas en las entradas y registros domiciliarios carentes de la fe pública procesal, procede adecuar el ordenamiento jurídico a la interpretación hecha por el Alto Tribunal de la legalidad ordinaria.

Otros aspectos técnicos también harían aconsejable la rectificación de la reforma operada en el texto legal, ya que el Consejo General del Poder Judicial, al informar la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, apunta que «tal vez sería conveniente establecer, en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad expresa, que ya existe para el Juez en el artículo 563, de que el Secretario delegue en parecidos términos su presencia en las entradas y registros, pues de otro modo el servicio de guardia puede llegar a ser impracticable». El texto legal no recogió la recomendación del Consejo General del Poder Judicial e hizo que la delegación la autorizará el Juez, que carece de fe pública, contraviniendo el principio jurídico de que nadie puede delegar lo que no tiene (facultades o funciones ajenas).

La experiencia ha venido demostrando que la credibilidad democrática corre pareja al prestigio de las grandes instituciones en que se sustenta y éstas con el crédito de los Cuerpos del Estado encargados de realizar tareas de control previo. La degradación de las funciones de control previo que ejercen ciertos Cuerpos no es reparable por la actividad inspectora de otros. También la recuperación de la credibilidad democrática hace aconsejable la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero si la delegación que

hace el Juez en un funcionario de policía es de una función gubernativa y no de una función jurisdiccional, la delegación que se pretende del Secretario lo es de una función esencial del proceso, propia y exclusiva del Secretario, cual es la fe pública procesal, que la hace indelegable porque sería privar al proceso del «plus de garantía» que ha de tener sobre el procedimiento administrativo.

Es preciso, por tanto reformar el párrafo cuarto del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, el texto que ahora se reforma permite que el Secretario, con autorización del Juez, sea sustituido por un policía quien extenderá el acta; a ello se une que el artículo 563 de la misma Ley permite que el Juez delegue en otro policía, siendo ésta la práctica habitual. Sin embargo, para evitar una excesiva rigidez en la regulación, la Ley autoriza la sustitución del Secretario Judicial en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo único.

El párrafo cuarto del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente queda redactado de la siguiente forma:

«El registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial».

DISPOSICION FINAL UNICA.

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

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 concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

*(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 19 de enero 1995, ponente Excmo. Sr. Bacigalupo)*

UJALA JOSHI JUBERT

Prof. Titular
Universidad de Barcelona (*)

I

1. El tráfico de drogas constituye uno de los delitos que más ocupa a los tribunales de justicia, y entre ellos al Tribunal Supremo. Si bien existe cierta unanimidad respecto a ciertos temas, como por ejemplo, bien jurídico protegido, naturaleza del delito, fases de ejecución, conducta típica, autoría y participación, en otros es discrepante, por ejemplo, en la concreta interpretación de algunas conductas (una donación) y de las agravantes específicas. Y finalmente bastantes de las soluciones que se adoptan son por lo menos discutibles, así los conceptos de organización, de autoría y participación. No se trata ahora de abordar todos los problemas que suscita el tráfico de drogas, pues ello supera con creces los límites de un comentario jurisprudencial. El objeto de análisis es más limitado. Concretamente, el **concepto de organización**, y los a él vinculados

(*) Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación número PB94-0928, de la DGICYT.

de autoría y participación. Para ello se partirá de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995, puesto que propone, como se verá, interpretaciones muy sugerentes de determinadas estructuras. Que estos sean los temas centrales, no será obstáculo para incidir, aunque sea de modo breve en otras cuestiones. Una de ellas, de obligada mención, es la aprobación del nuevo Código penal en noviembre de 1995, y su afectación a nuestro tema de comentario. Creo poder afirmar que a pesar de que ambas regulaciones del tráfico de drogas parten del mismo tipo básico, el Código de 1995 resultará en algunos casos mucho más gravoso. Ejemplo de ello es —manteniéndonos siempre dentro del ámbito del tráfico de drogas— la punición de los actos preparatorios de los actos preparatorios, es decir, la preparación de la preparación. Pues, no ya sólo se castiga el tráfico de precursores, sino también de forma específica los actos preparatorios a él referidos. Si la interpretación de esta materia de acuerdo con los principios penales básicos aceptados de modo general por la doctrina y también por la jurisprudencia (principio de determinación, principio de responsabilidad por el hecho, criterios de autoría y participación, principio de dolo o culpa, para mencionar sólo algunos) era difícil, ahora la nueva regulación parece renunciar a ellos. Realmente, deberíamos preguntarnos hasta qué punto los principios establecidos en la Parte General del Código Penal (algunos recogidos en la Constitución) pueden ser simplemente pasados por alto por los preceptos de la Parte Especial, como acontece en materia de Tráfico de drogas. En otras palabras, y ahora con carácter general, la Parte General del Código Penal es de aplicación a toda la Parte Especial del mismo cuerpo e incluso a otras Leyes especiales penales, a no ser que se disponga lo contrario, y en este último supuesto, ello no sea inconstitucional. Ahora bien, *¿Cómo hay que proceder cuando algún precepto de la Parte Especial —en nuestro caso, tráfico de drogas— está redactado de forma tan amplia que permite ser interpretado de distinto modo a lo establecido en la Parte General?* ¿Qué criterios deben prevalecer? Entiendo que lo correcto sería distinguir varios supuestos: *uno*, que la interpretación derivada de la Parte Especial, por ser más restrictiva, beneficiara al reo, en este caso debería ser esta la preferente; *dos*, que la interpretación derivada de la Parte Especial, por ser más amplia, perjudicara al reo. Aquí caben a su vez dos posibilidades, *primera*, que el resultado de la interpretación extensiva en contra del reo no presentara problemas de constitucionalidad; *segunda*, que sí presentara problemas de constitucionalidad. En este último caso lo correcto sería interpretar dichos preceptos de la Parte Especial en conformidad con los principios de la Parte General y realizar la pertinente reducción del sentido literal posible del precepto de la Parte Especial del Código Penal (1). De ello hablaremos más adelante. Expongamos ahora resumidamente los hechos enjuiciados en la sentencia objeto principal de nuestro análisis:

(1) Sobre las relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Código penal, ver FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975; ALVAREZ GARCÍA, *Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho penal* (1), ADP, 1993, pp. 1009 ss.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo). Resumen de los hechos probados y de las condenas impuestas: A) *F.C.* y *H.K.* (cuyo verdadero nombre es *A.B.*) se concertaron con el fin de distribuir, por cuenta propia o bien por cuenta de otras personas que aquí no se juzgan, en territorio español, o en su caso, para transportarla a otros países europeos, importantes cantidades de heroína. Esto sucedía alrededor del 26 de octubre de 1989. La Audiencia les condena entre otros por un delito contra la salud pública, anteriormente descrito. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los procesados y entiende que **no les es aplicable la agravante de organización**, aunque sí la del art. 344 bis b) . B) El día 14 de noviembre de 1989 *G. O.* en compañía de otra persona que aquí no se juzga, están sometidos a vigilancia por parte de funcionarios de la policía, los cuales observaron como ambos salían de la casa n. 19..... y pasaron a ocupar un coche aparcado,encontraron dentro del mismo una bolsa que en su interior contenía otras tres, conteniendo unos 11 kilogramos de heroína. La Audiencia acuerda su internamiento en un establecimiento destinado a enfermos mentales. C) *I.K.*, cuyo verdadero nombre es *C. N.*, utilizando el nombre falso de *H.H.S.* alquiló el piso.... con la finalidad de ocultar en el mismo heroína de la que tendría la disposición material y cuya procedencia se desconoce, La Audiencia lo condena entre otros por un delito contra la salud pública. D) *A.B.T.* también conocido como *Yussuf* que al ser detenido dió el nombre de *N.R.* alquiló a través de otra persona a la que aquí no se juzga el piso situado en Móstoles....con el fin de vivir en el mismo y guardar allí importantes cantidades de heroína de la que tenía disponibilidad material. La Audiencia lo condena por un delito contra la salud pública. E) *K. A.*, por sí o por medio de terceras personas no identificadas alquiló un chalet denominado «Villa Esmeralda»....con la intención de que le sirviera de residencia y ocultar en el mismo determinadas cantidades de heroína, **cuya disposición material pasaría a detentar ya sea por sí mismo o siguiendo instrucciones de otras personas.** La Audiencia lo condena por un delito contra la salud pública, *sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.* F) *I.E.*, que se entrevistaba con frecuencia con *K.A.*, se concertó con éste para guardar en el chalet «Villa Esmeralda» cantidades importantes de heroína, perteneciendo al propio *I.* al menos parte de la heroína ocupada en la vivienda. La Audiencia lo condena por un delito contra la salud pública. G) *Y.Y.* ... se reunía frecuentemente con personas de nacionalidad turca, concretamente el día 23 de enero de 1990.... se **reunió**.... desconociéndose cuales fueron los temas tratados en la reunión. La Audiencia resuelve **absolver** al acusado del delito contra la salud pública. H) I) J) K) ...L) M) *E.K* y *T. I. M.* , alquilaron el apartamento....con la finalidad de poder disponer si bien se desconoce si lo realizaban directamente o a través de terceras personas, que suministrasen la droga dentro de un sistema más amplio de distribución. La Audiencia los condena por un delito contra la salud pública. N) *H. O. I.B.* y

G. S. H. en fecha no determinada del año 1989, se concertaron para disponer y distribuir, dentro del territorio español importantes cantidades de heroína y para ocultarla **disponían de dos pisos alquilados por H.O.** Se practica registro y ocupación de droga. La Audiencia los condena por un delito contra la salud pública. El Tribunal Supremo, por contra, estima el recurso y **absuelve a H. O. I.B.** del delito contra la salud pública O).....Q)...

De los anteriores hechos probados es especialmente importante *re-tener* a nuestros efectos los siguientes puntos:

1.º Intervención de distintos sujetos con distribución de funciones y existencia de ciertas *relaciones de dependencia y jerarquía*. Así por ejemplo, se sabe que F.C. y H.K. se concertan para distribuir droga por cuenta propia o por cuenta de otras personas; G.O., acompañado de otro sujeto *transporta* droga; H.O., *alquila* dos pisos con la finalidad de que se pudiera esconder droga...

2.º No obstante, *no queda probada* la existencia de jefes, ni la real estructura del grupo.

A la vista de los hechos anteriormente descritos, así como de las calificaciones de la Audiencia y del Supremo se nos plantean diversas cuestiones. A saber, el concepto de organización, la relación entre las llamadas agravantes de primer orden y de segundo orden, el problema de la autoría y la participación en el seno de las organizaciones, y la posibilidad de aplicar las conclusiones alcanzadas a los delitos contra la salud pública, y en concreto al tráfico de drogas. Y otros temas de los cuales haremos mención al final.

II

2. Concepto de organización. 2.1. La reforma del Código penal llevada a cabo por la LO 1/1988, de 24 de marzo modificó la redacción relativa a la agravante de la pertenencia a una organización, en el sentido de requerir sólo el carácter transitorio de ésta. Posteriormente, la LO 8/1992, de 23 de diciembre consideró también agravantes el hecho de que el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas, y que participe en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 344 bis a), n. 7 y n. 8 respectivamente). Además, el art. 344 bis b), añadido por la LO 1/1988, prevé como agravante de segundo grado (agravación del tipo agravado) el ser jefe, administrador o encargado de la organización. La reforma operada en 1992 en materia de tráfico de drogas establece agravaciones similares para el delito de precursores, blanqueo de bienes y encubrimiento y receptación. Finalmente el CP de 1995 regula de manera similar estas cuestiones. La aplicación de dichas agravantes obliga a precisar el significado de organización, de participación en otras actividades organizadas, y ejecución de otras actividades ilícitas facilitadas por el tráfico de drogas. El Código

penal recién aprobado añade una nueva dificultad a todas las anteriores, a saber, la agravante se aplicará no sólo en casos de organización, sino también de asociación. Dada la ausencia de jurisprudencia y doctrina referida a este último concepto, en lo que sigue nos referiremos en exclusiva a la organización, y sólo después haremos una breve referencia a la asociación. Por supuesto que ante todo habrá que probarse la existencia del delito básico de tráfico de drogas. Una vez constatado, se examinará la concurrencia de la agravante que ahora nos ocupa. La redacción del precepto permite numerosas interpretaciones, desde las más amplias, que conducirían a su apreciación en supuestos de coautoría, a las más estrictas y formales que supondrían, en definitiva su no aplicación (2). Una primera restricción es *entender por organización lo que en la doctrina recibe el nombre de aparato de poder organizado o estructuras organizadas de poder*. De este modo podrá distinguirse lo que es una simple planificación, presente en muchos delitos, de la verdadera «empresa criminal». En este sentido entiendo correcta la afirmación de Roxin de que «cuando media docena de elementos asociales se organizan para cometer delitos y eligen uno por debajo de ellos para la ejecución esto no es aún aparato de poder» (3). Esta es también la posición que parece sostener el Tribunal Supremo cuando, por ejemplo, acepta que «la confabulación entre dos personas no es suficiente para considerar que formó parte de una organización...» (STS 12 enero 1995). O, cuando rechaza la aplicación de dicha agravante en un caso en el que pese existir una asociación criminal, se constata «el carácter familiar de la actividad ilícita, la localización de la misma exclusivamente en el piso de autos y la composición mínima de aquélla» (STS 21 enero 1993). Pues, ¿qué es lo que define la existencia de un tal aparato si no es el número de personas asociadas? ¿la relación que existe entre ellas? ¿el modo de organizarse? ¿o más bien un conjunto de circunstancias? Disponer de un concepto lo más unívoco posible de *organización* es importante no sólo

(2) Ver VIVES (y AA.VV.), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, 1994, p. 146; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 1995, p. 532; QUERALT, *Derecho Penal, Parte Especial*, II, 1987 y ADDENDA 1988, p. 532 y p. 35 respectivamente; CONDE-PUMPIDO, El tratamiento penal del tráfico de drogas: nuevas cuestiones, en *La problemática de la droga en España*, 1986, p. 139; CARBONELL, Consideraciones técnico-jurídica en torno al delito de tráfico de drogas, en *La problemática de la droga en España*, 1986, p. 347; REY HUIDOBRO, El delito de tráfico de drogas tóxicas, en *Comentarios a la Legislación penal*, (dir. Cobo del Rosal), T. XII, *Delitos contra la Salud Pública, (Tráfico ilegal de drogas)*, p. 291 ss.; Díez RIPOLLÉS, La política de drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente. ADP 1987, p. 363; Díez RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 1989; ARROYO, Aspectos penales del tráfico de drogas, PJ n. 11, pp. 22; FABIÁN CAPARRÓS, 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, ADP 1993, p. 590; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Conferencia Internacional sobre política en materia de drogas en Europa Occidental*, EGUZKILORE, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n. 2, 1988, p. 137.

(3) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5 ed., 1990, p. 251.

a efectos de determinar cuándo debe aplicarse dicha agravante sino también para distribuir responsabilidades en el seno de dichas organizaciones.

2.2. El Tribunal Supremo en la sentencia del 12 de enero de 1995 entiende que la organización «requiere ante todo que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una «empresa criminal». ...«Es evidente, por lo tanto, que si sólo se conocen dos autores del delito y ni siquiera se ha podido saber quién daba las órdenes, en qué nivel jerárquico actuaban, ni cuál era la distribución de funciones que aseguraba la ejecución del plan con independencia de las personas de la organización, no es posible admitir que en este caso es aplicable el tipo agravado del art. 344 bis a) 6 CP. No cabe duda de que existe la sospecha de que el acopio de una cantidad tan significativa de heroína es difícilmente la obra de sólo dos personas. Pero, los datos aportados por la acusación no alcanzan para configurar todos los elementos de la organización.» De las anteriores consideraciones se desprende lo siguiente: A) La razón político-criminal de este tipo agravado parece residir principalmente en dos motivos: uno, que la existencia de una organización dificulta la persecución de los delitos cometidos; dos, mayor lesividad o daño (4). B) Requisitos esenciales de organización son: uno, estructura jerárquica; dos, fungibilidad de sus miembros; tres, existencia conocida de un centro de decisiones. Este concepto de organización plantea problemas dogmáticos, básicamente conceptuales, y procesales, concretamente de prueba. En efecto, dado precisamente la clandestinidad de estas organizaciones será sumamente

(4) Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994 (RJ 1994/9076) (Martínez-Pereda Rodríguez), se felicita de poder analizar el tema del tráfico de drogas «pero en el escalón más alto, no el usual en los recursos de esta clase del último mercader o del vendedor de zona, sino del gran traficante que nunca posee materialmente tan ilícita mercancía, pero que dispone de enormes cantidades de tan mortíferas sustancias que llenan a numerosas familias de dolor y angustia. Tan sólo en el territorio de Madrid se cuentan veintisiete mil familias afectadas por ese grave cáncer social que lleva el dolor y la muerte a numerosas personas que se ven enganchadas en ese infierno personal y que para poder conseguir tales drogas, por la compulsión sentida, acuden frecuentemente a medios criminales y peligrosos contra las personas y sus bienes».

difícil establecer con claridad la existencia del centro de decisiones y aún más identificar jefes y administradores. La existencia de una empresa criminal, así como la identificación de los canales a través de los cuáles se transmiten las órdenes o simplemente el constatar las funciones de las instancias no ejecutivas no podrá generalmente probarse directamente. Será seguramente por ello que la STS 13 de marzo de 1995 (Ponente Excm. Sr. De Vega Ruiz) advierte que «una actividad criminal tan compleja como la que ahora se enjuicia, llevada a cabo con detenida preparación y meticulosidad, puede dar lugar a lagunas fácticas, a oscuridades probatorias o incluso a contradicciones, nada de lo cual importa si, cual aquí acontece, lo fundamental aparece acreditado con suficiencia.» Ciertamente así sucede. Estas organizaciones, a diferencia de los delitos que se puedan cometer a través de empresas legales, operan desde un comienzo fuera de la ley. Su constitución misma es ilegal, el reparto de funciones no constará por escrito, será más bien tácito, tampoco existirán órdenes escritas, ni se llevarán contabilidades transparentes y legales. En definitiva, su real funcionamiento interior será raramente descubierto, como también lo será la cúpula. Estas dificultades probatorias pueden llegar a convertir en inoperante la agravante de organización de exigirse la prueba directa de todos los requisitos mencionados.

2.3. De todos modos no es el único concepto de organización que maneja la jurisprudencia. Creo poder catalogar hasta tres, uno restringido (*concepto de organización propio*) defendido por la STS de 12 de enero de 1995 acabado de exponer; otro muy extenso (*concepto de organización impropio*), que asimila la organización a la coautoría, por ejemplo STS de 1 de diciembre de 1992; y finalmente, y otro intermedio (*concepto de organización orientado a las consecuencias político-criminales*), sostenido por las STS de 13 de marzo de 1995, 14 de febrero de 1995 y 3 de mayo de 1994. Según este último para aplicar la agravante n. 6 del art. 344 bis a) CP 1973 o art. 369 n. 6 CP 1995 bastará que «dos o más personas programen un proyecto, un plan o un propósito para el desarrollo de la acción criminal, más sin que sea precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente.».....Se aplica «a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos.»... «Únicamente ha de tenerse presente... que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una especial continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional «consorciabilidad para el delito». Naturalmente que la organización, como aquí acontece, va acompañada de una cierta jerarquización con una distribución obligada de cometidos y tareas.» De acuerdo con esta segunda posición serán requisitos de la agravante: uno, concurrencia de diversas personas reunidas con el fin de llevar a cabo un plan criminal; dos, cierta organización y distribución de funciones; tres, no es necesario conocer los mandos ordenantes, sólo presuponer su existencia; y cuatro se aplicará a cualquier sujeto que mantenga relación con esta «especie de

organización». Este concepto de organización, mucho más flexible y abierto facilita la aplicación de la agravante a todos aquellos casos en que no se ha podido probar fehacientemente la estructura jerárquica, ni la función que corresponde a cada uno de los implicados, pero indiciariamente, por el tipo de actividad llevada a cabo, puede presumirse su existencia. Para quien maneje este concepto, los problemas probatorios van a ser los de la prueba indiciaria, sus requisitos y admisibilidad. Conceptualmente, en cambio, *habrá dificultades para distinguir los supuestos de organización de los de mera coautoría*. En efecto, la distribución de funciones, una cierta jerarquización, el dominio funcional son igualmente requisitos de la coautoría. También pues en esta figura existe cierta organización. No por ello debe aplicarse en estos casos la agravante. No obstante, y esta es la otra posición (la que llamo *impropia*), la jurisprudencia ha sostenido en alguna ocasión la postura opuesta. En este sentido la STS de 1 de diciembre de 1992 ha declarado que «la organización ha de ser entendida en la amplia extensión de su concepto abarcando todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto o un propósito para desarrollar un plan, una idea criminal, con múltiples posibilidades, con múltiples efectos, más o menos importantes, o trascendentes. Una organización o un grupo, en suma, preconstituido idealmente para el delito, aunque alguno de sus miembros no intervengan en los actos directos.» En suma, se exigen simplemente requisitos de la coautoría.

2.4. Al comienzo de este trabajo se ha establecido una *equivalencia entre organización y aparato de poder organizado*. Creo que éste es el punto de partida correcto para delimitar de forma nítida en lo posible entre coautoría y delitos cometidos por medio de organización. Ello nos lleva a realizar las siguientes consideraciones terminológicas. **Aparato** (del latín *apparatum*) es un conjunto de instrumentos que sirven para algún fin o determinado objeto. **Poder** indica la facultad para hacer algo, el dominio o influencia que uno tiene sobre alguno o sobre alguna cosa. **Organizado**, derivado de significado deducible de *organizar*, consiste en disponer algo ordenadamente con miras a una función o uso determinado. Para poder hablar de criminalidad organizada que utiliza un aparato de poder es preciso estar frente una organización piramidal, de estructura claramente jerárquica, dentro de la cual los órganos decisivos no son los mismos que los ejecutivos. En otras palabras, los agentes encargados de ejecutar el delito no han participado en modo alguno en la estructuración del plan del delito. Y no sólo esto, sino que normalmente la ejecución es realizada por distintos agentes de modo que cada uno de ellos sólo conoce parcialmente el plan. Este tipo de criminalidad, como se verá a continuación, supone un aumento considerable del peligro para bienes jurídico penales en comparación con la criminalidad clásica. En efecto, no hay que olvidar la gran movilidad internacional de estas organizaciones, el hecho de que se nutren de las más amplias técnicas y técnicos, especialmente comunicativas, para la preparación y perpetración de sus delitos, y además

cuentan con instancias moralizantes, con lo cual se pierde la moral individual, y con un código de comportamiento y de penalizaciones en caso de infracción (5). Este tipo de criminalidad juega un papel cada día más importante. Tanto es así, que actualmente puede decirse que la distancia entre los negocios legales y los ilegales está desapareciendo. La planificación y actuación está guiada por la máxima de «máximas ganancias en el menor tiempo», se trata pues de maximizar las ganancias. Ello es posible gracias a que estos aparatos cuentan con una especial logística caracterizada por la división del trabajo, la especialización de sus miembros y su gran profesionalidad. A pesar de ello, lejos de ser organizaciones rígidas, tienen, por el contrario, una gran flexibilidad: cada uno de los miembros, la persona en concreto, es, a diferencia de lo que sucede en la coautoría, sustituible; lo único necesario son los distintos cargos u ocupaciones que ellas ocupan. La disciplina se consigue cada vez menos con un clima de fuerte violencia y más por medio de presión moral, corrupción, y otros modos no violentos. La profesionalidad significa conseguir un enmascaramiento perfecto de los negocios. Muchos de los delitos que se cometen tienen la apariencia exterior de negocios plenamente legales, o por lo menos se cometen desde negocios legales (piénsese en la llamada criminalidad en el seno de las empresas). Buen ejemplo de ello son los hechos enjuiciados en la STS de 31 de octubre de 1994: se trata de un supuesto de tráfico de drogas en que el procesado, «comisionista de tabaco de ámbito internacional, cuya actividad encontraba cobertura y apoyo en una estructura empresarial no determinada, que igualmente dirigía y guiaba. Elementos importantes del precitado complejo económico lo eran la empresa de importación y exportación Artesa, radicada en la zona libre de Panamá: (sic) en su natural Galicia, un astillero en Cambados, e igualmente Thalassa, Repairs and Trading Rv, en la trepidante actividad naval de Amberes.» La criminalidad organizada por medio de los aparatos de poder tiene como ámbito de actuación propio no sólo el tráfico de drogas, de armas o de personas, sino otros más modernos como el tráfico de órganos, de residuos tóxicos.... (6).

En definitiva, lo que aquí se incluye dentro de la criminalidad organizada que opera a través de los aparatos de poder organizados sobrepasa las asociaciones de carácter genuinamente mafioso. Según esto los requisitos necesarios para poder hablar de este tipo de criminalidad serán los siguientes: a) *existencia de una seria planificación y preparación del hecho delictivo*. Esto supone una planificación precisa, adaptación a las necesidades del mercado a través de nudrirse de las lagunas de este, por haber explorado previamente sus necesidades, grandes inversiones,

(5) OSTENDORF, H., *Organisierte Kriminalität -eine Herausforderung für die Justiz*, en JZ 1991, p. 65; BORADAS, J/MARTÍN DE POZUELO, E., *La cosa nostra*, 1990, p. 14 y ss.

(6) Sobre ello ver ampliamente BUTZ, *Die Absahner Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik*, 1990.

por ejemplo, a través de la prefinanciación de fuentes no conocidas; b) *la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados*. Para ello se utilizarán medios y conocimientos científicos poco conocidos y caros. Si fuere necesario se recurrirá a especialistas extranjeros. Existencia de *división del trabajo en colaboración* (la llamada división vertical y horizontal del trabajo); c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el *blanqueo del dinero en la economía legal*; d) los grupos mantienen vínculos suprarregionales, nacionales e internacionales, lo que posibilita una *gran movilidad geográfica y flexibilidad*; e) *estructuración fuertemente jerarquizada*, con relaciones poco claras de dependencia y autoridad. Se sabe que existe un sistema interno de sanciones; f) *gran poder corruptor* e intentan introducirse y ocupar lugares y trabajos públicos; g) sus *ámbitos de actuación son del más diverso tipo*: desde los clásicos delitos relacionados con la noche, como rufianismo, lesiones, juegos ilegales, hasta el tráfico de drogas, armas, falsificación de moneda, y los más modernos delitos económicos; h) *«actitud criminal de grupo»*; i) cuando se trate de la aplicación concreta de la agravante por «organización» bastará *el carácter transitorio y la finalidad ocasional de difundir* los productos del tipo básico o del de precursores. Como reconoce ya un sector de la jurisprudencia y doctrina (7), si bien es cierto que el carácter transitorio se opone al permanente, ello no implica aceptar necesariamente la suficiencia de la comisión de un sólo delito. En definitiva, por lo que al concepto de organización se refiere hay que aplaudir a la sentencia comentada por intentar delimitar en la línea aquí propuesta, entre organización y coautoría.

Por otra parte, nótese que la agravante se refiere expresamente a organizaciones o asociaciones que tengan como *finalidad la difusión* (problema del ámbito de aplicación de la agravante) de dichas sustancias o productos. Debe pues determinarse si la difusión comprende tanto actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento, posesión o facilitación del consumo. **¿Puede aplicarse la agravante a organizaciones o asociaciones que tengan como fin el cultivo de plantas con las que posteriormente se fabricará la droga? ¿y a las organizaciones o asociaciones encargadas de su elaboración? ¿y a las que se dedican al tráfico? ¿Y a todas aquellas que de otro modo favorecen o faciliten el consumo de dichas sustancias o las posean con dichos fines, por ejemplo, a una empresa encargada exclusivamente de almacenar droga? A decir verdad, la jurisprudencia habrá tenido pocas ocasiones de plantearse esta problemática, pues la mayoría de organizaciones abarcan toda la trayectoria, desde el cultivo, hasta la puesta en el mercado. De encontramos con asociaciones u organizaciones dedicadas en exclusiva a uno de los comportamientos mencionados, no directamente encaminados a la difusión, esto es, a la propagación o extensión de la**

(7) Ver por todos, REY HUIDOBRO, *El delito...*, p. 291 ss. y nota 2.

droga, y a pesar de que el sujeto activo conozca que su actuación es un paso previo a la difusión, lo cierto es que no resulta por lo menos evidente que sea de aplicación la agravante. Sobre todo si se acoge la interpretación que de este concepto —de difusión— hace la jurisprudencia, aunque sea en el marco de la agravante de introducir o difundir en determinados centros. En efecto, se entiende que lo correcto es acoger el sentido gramatical y entender por tal extender, divulgar o propagar (8).

3. Ha sido posible delimitar el contenido de «organización» de tal modo que se satisfagan en la mayor medida posible las finalidades político-criminales y se respete el campo lingüístico de la palabra. Más difícil va a ser otorgar un sentido plausible en esta materia al término *asociación* que aparece en el reciente Código penal, así como a algunos conceptos usados en la agravante de segundo grado, a saber, *jefes, administradores o encargados* (9). Me parece claro que a efectos de esta materia no puede entenderse por asociación el mero conjunto de personas para que cooperen a cierto fin, pues entonces abarcaría a la coautoría, y no parece ser esta la finalidad del precepto atendidas las elevadas penas que se preven. Quizá pudiera concurrir asociación cuando la reunión de personas a pesar de no alcanzar el grado de organización, tiene como fin cualquiera de los actos previstos en el tipo básico o en el de precursores siempre que tuviera cierta permanencia y estabilidad. De este modo mientras que la organización podría tener carácter transitorio, y el tráfico de drogas ser uno de sus fines, aunque no el único, la asociación por contra a pesar de no requerir la complejidad y requisitos de aquella, su peligrosidad vendría dada precisamente por el hecho del carácter estable y tener como único fin el tráfico de drogas en sentido amplio. No obstante, dicha interpretación choca con la literalidad del precepto al referirse la transitoriedad y el modo ocasional tanto a organización como a la asociación. Siendo así, o bien entendemos que asociación y organización tienen la misma referencia fáctica, aceptando la redundancia y el uso de una técnica legislativa incorrecta, o bien ampliamos el alcance del precepto asimilando la coautoría a la asociación, interpretación esta última que he intentando rechazar por sus efectos ampliatorios. Entiendo, pues, preferible *equiparar asociación a organización y no a la simple coautoría*.

Por lo que a la agravante de segundo grado se refiere propongo la siguiente interpretación restringida: *Jefe es definido como la persona que manda en otras o que es seguida por otras que se someten voluntariamente o no a su autoridad. Administrador puede predicarse de aquél que dirige la economía de una persona o una entidad cualquiera. Y, finalmen-*

(8) En este sentido STS de 30 de octubre de 1992, que trata de un caso en el que el paquete de droga enviado en un centro penitenciario es aprehendido en el momento de su llegada al mismo, y se rechaza la aplicación de la agravante.

(9) Cfr. la interpretación que realiza REY HUIDOBRO, *El delito ...*, p. 427 y referencias bibliográficas citadas en nota 6 de la misma página.

te, encargado se aplica al que tiene cierta cosa a su cuidado, o persona que dirige un negocio en representación del dueño de él. Los operadores jurídicos encargados de la aplicación del Derecho podrán en la práctica encontrarse ciertamente con algunas dificultades, que lejos de llevar a una ampliación conceptual, deben suponer la no aplicación de la agravante, habida cuenta de —como ya se ha dicho— la enorme elevación de la pena que suponen. La primera se derivará del hecho que la mayoría de las veces se trate de organizaciones fuera de la ley, cuya división del trabajo no constará en ningún lado. Así pues, no siempre podrá constarse el papel que desempeña determinada persona en el seno de la organización. En segundo lugar, a la vista de las altas penas que se prevén para estos supuestos de agravación de segundo orden, es preferible realizar una interpretación restrictiva, de modo que sólo pueda aplicarse a las más altas instancias de la organización. En tercer lugar, si para la aplicación de la agravante de organización se requería la realización de alguno de los actos descritos en el tipo básico (directamente, en coautoría, en autoría mediata, o incluso por aplicación de la estructura del autor tras el autor), para la aplicación de la agravante que ahora estamos examinando es del todo necesario, que además de contar con la realización de uno de estos actos, quede probada la existencia de la organización. Pues, en caso contrario, ¿cuál sería la estructura de referencia del jefe, el administrador o el encargado? De aquí que cuando la sentencia objeto de nuestro comentario considera que no puede aplicarse la agravante por organización, pero sí la de segundo orden, deba entenderse que ello no es resultado de apreciar jefe, administrador o encargado, sino por concurrir una conducta de **extrema gravedad** (10).

III

4. Determinado el concepto de organización, debemos a continuación preguntarnos *si puede distinguirse en su seno entre autores y partícipes*, y cómo hay que calificar cada contribución. En otras palabras se trata de decidir si, por ejemplo, la mera pertenencia a una organización convierte cualquier actuación que se practique en su seno en actuación a título de autoría. La jurisprudencia, para calificar de autoría o de participación determinadas conductas, ha acudido durante algún tiempo a las *teorías subjetivas*. Estas parten de la imposibilidad de diferenciar objetivamente las distintas contribuciones al hecho, dado que toda condición

(10) El art. 340 bis b) del Código penal 1973 y el art. 370 del 1995 (las llamadas agravantes de segundo orden) permiten agravar la pena en dos supuestos: a) cuando la conducta sea de extrema gravedad; o bien b) cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de la organización.

del resultado es causa del mismo y poner el acento en el interés con el cual se actúa. Como ejemplos paradigmáticos la doctrina (11) suele citar el caso *Staschynsky* (: este sujeto, por encargo de un servicio secreto extranjero, mató a tiros en la vía pública a dos altas personalidades políticas exiliadas); y el conocido caso *Eichmann*, sucedido durante el régimen nazi. Consecuencia de aplicar esta teoría, resultó que los ejecutores de propia mano fueron condenados como meros cómplices, mientras que el mandante, o el que impartía las órdenes fue considerado autor. O, incluso en alguna ocasión, señala Díaz y García Conlledo (12), citando a Müller, se llegó a condenar al ejecutor de propia mano de un asesinato como cómplice y al superior jerárquico que dio la orden como inductor, pareciendo que no existió ningún autor del asesinato. Roxin observa (13) que sólo cuando el ejecutor lo hacía por su propia iniciativa —por ejemplo, por sadismo o con el fin de enriquecerse— los tribunales lo reputaban autor. En los demás casos era siempre considerado partícipe. La inmensa mayoría de la doctrina ha rechazado rotundamente esta teoría (14). En primer lugar, se ha dicho que es una mera fórmula que carece de un contenido preciso. Los casos son decididos intuitivamente, y sólo luego se justifica ésta en base a que el presunto autor tiene ánimo de autor, y el cómplice ánimo de partícipe (15). En segundo lugar, se argumenta que el interés en la comisión del delito no es un elemento que pueda fundamentar ni, en todo caso, es suficiente para caracterizar al autor. En efecto, el interés en el delito lo puede tener también cualquier partícipe. Como dice Roxin, «seguro que los instigadores de estas empresas tienen un mayor interés en que estos hechos se lleven a cabo» (16). De todos modos, y en tercer lugar, lo que más parece haber sorprendido a la doctrina es que esta teoría permite castigar como cómplice al que realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo con tal de que actúe en interés de otro o que deje al criterio de un tercero el que el hecho se realice o no (17).

(11) ROXIN, GA 1963, p. 194 ss.

(12) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 326: not. 130.

(13) ROXIN, *Sobre la autoría y participación en el derecho penal*, trad. Bacigalupo, en Homenaje a J. Asúa, pp. 55-70, 1970, p. 55.

(14) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, p. 42 ss.; JÄGER, *Betrachtungen zum Eichmannprozess*, en MSchrKrim 1962, p. 78; BACIGALUPO, *La noción de autor en el Código penal*, 1965, p. 45 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)* ADP 1984, p. 104 ss.; ROXIN, TuT, 42 ss.; ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, en GA 1963, p. 194 ss.; ROXIN, *Sobre la autoría...* 55 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...* 289 ss.; PEÑARANDA, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1991, 162 ss.; SAX, *Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken zum Stachynskij-Urteil*, JZ 1963, p. 338 ss.

(15) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor...*, 50-51.

(16) ROXIN, TuT, 44.

(17) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor...*, 52, y not. 146, en donde cita autores en este sentido.

Ello ha dado pie a que Gimbernat (18) dirigiera las siguientes palabras a dicha posición: «Una teoría que puede justificar la calificación de cómplice de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello técnicamente incorrecta». Finalmente, en cuarto lugar, de esta teoría se ha dicho también que contradice al derecho positivo, que la determinación de si en un determinado caso concurre autoría o participación se basa, en última instancia, en un juicio de la personalidad, y que es motivo de gran inseguridad jurídica (19). Esta doctrina ha sido además rechazada recientemente de forma expresa por la jurisprudencia del Supremo: la STS de 14 diciembre 1992 (ponente, Sr. Bacigalupo) entiende que «el elemento determinante en la autoría es el dominio (o en su caso condominio) del hecho de entregar la droga a cambio de precio. Debe rechazarse la llamada «teoría del interés» es decir, una variedad de la teoría subjetiva de la distinción entre autoría y participación que considera que el *animus auctoris* se manifiesta en el sujeto que tiene más interés en la realización del hecho. Desde tal punto de vista sería posible sostener que sólo quien es propietario de la droga es autor, mientras que los que sólo intermedian, dado su menor interés, serían sólo cooperadores en el delito, ya que no tendrían sino *animus socii*. ... (Esta teoría muestra) incompatibilidad con el texto legal que distingue las diversas formas de participación según el significado objetivo del aporte de los partícipes».

4.2. La solución de la autoría que se estudiará a continuación fue propuesta por Roxin, aunque actualmente es aceptada por amplios sectores de la doctrina (20). Se rechaza la teoría subjetiva de la autoría y se

(17) Ver por todos, GIMBERNAT, *Autor...*, 52, y not. 146, en donde cita autores en este sentido.

(18) GIMBERNAT, *Autor...*, 53.

(19) ROXIN, GA 1963, 194, ss.; SCHROEDER, F.-C., *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 191 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, 323 ss.; PEÑARANDA, *La participación...*, 162 ss.

(20) Esta construcción ha tenido numerosos adeptos, sobre todo en su país de origen, Alemania. Efectivamente, ha sido bien acogida por los defensores no finalistas de las teorías del dominio del hecho, pero también por otros que critican esta fundamentación. Entre los autores que la han cogido cabe hacer mención de: A) en Alemania: BUSCH, R., en LK 9 ed. 1970, comentario al § 47 del StGB; HERZBERG, R.D., *Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme*, ZStW 99, p. 49 ss.; MAURACH, R., -GÖSSEL, K.-H., *Strafrecht*, AT 1989, 7 ed. 48/88; SCH/SCH- CRAMER, P., *Strafgesetzbuch*, 23 ed. 1988, comentario al § 25 StGB, Rn. 25; STRATENWERTH, G., *Strafrecht*, G, *Strafrecht*, AT, I, Die Straftat, 1981, 3. ed., Rn. 790; WESSELS, J., *Strafrecht*, AT, 18 ed. 1988, p. 157; EBERT, *Strafrecht*, AT, 1985, p. 175; HÜNERFELD, P., *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland*, ZStW 99, 1987, 244; SCHMIDHÄUSER, E., que primero no lo aceptó, *Strafrecht* AT 1975, 2 ed. 14/50, ahora, *Strafrecht, Studienbuch* AT 1984, 2 ed., 10/95, habla de autoría mediata en base a la fungibilidad del instrumento, pero en cambio no acepta el concepto de aparatos organizados de poder como fundamento de la autoría. Recientemente, autores que se muestran críticos respecto al fundamento de la autoría que Roxin propone han

defiende, por contra, una concepción objetivo-material de la misma. El concepto de autoría aparece como un concepto abierto («*offener Tatertschaftsbegriff*» (21)), es decir, la autoría no es algo ya de antemano delimitado y cerrado, sino que adquiere contornos concretos según sea la materia a regular. Sin embargo, aunque la autoría no tiene por que tener el mismo fundamento en los distintos grupos de delitos, sí que tiene que existir un concepto general aplicable a todos ellos. Para Roxin este concepto es el hecho de que el autor constituya la figura central del proceso de actuación («*Zentralgestalt des Handlungsmässigen Geschehens*»). A partir de este concepto común, los requisitos de la autoría son distintos según la clase de delito de que se trate. Así, por lo que aquí nos interesa, en los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) es autor el que tiene el dominio del hecho. Y este último puede consistir en dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho, según se trate de autoría directa, autoría mediata o coautoría

aceptado, de modo excepcional, la autoría mediata en el seno de los aparatos de poder organizado. Este es el caso de M.-K. MEYER, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, 1984, p. 101 ss., y SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 75 ss. Para MEYER, La libertad del ejecutor, o lo que es lo mismo, la ausencia de perturbación de su autonomía, excluye, como regla general, la posibilidad de imputar el hecho al hombre de atrás. Sólo admite una excepción: los supuestos de dominio de la voluntad ejercidos a través de un aparato de poder organizado. SCHUMANN rechaza la posibilidad de dominar la acción de un sujeto plenamente responsable, es decir, de un sujeto que actúe con dolo, conciencia de la antijuridicidad y de forma culpable. No obstante, admite una excepción: el dominio a través de los aparatos de poder, siempre y cuando se trate de un aparato de poder estatal. No alcanza, según este autor, dicha excepción a las organizaciones terroristas, mafias y otros grupos delictivos que se hayan apartado voluntariamente del ordenamiento jurídico.

B) En el Estado español esta figura ha sido aceptada expresamente por ALVAREZ-COBOS, *La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho penal*, RFDUC, Nr. 68, p. 175 not. 25; GÓMEZ BENÍTEZ, ADP 1984, p. 103 ss.; LUZÓN, *La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADP 1989, not. 45. Los dos primeros aceptan la fundamentación de Roxin. Efectivamente, para Alvarez y Cobos, hay «supuestos en que el hombre de atrás aparece como un auténtico autor detrás del autor, con auténtico dominio del hecho y responsabilidad respecto de las acciones realizadas por otro». Según Gómez Benítez, Roxin está en lo cierto en entender que el hombre de atrás es autor mediato puesto que el que da la orden en el seno de dichas «organizaciones» domina la voluntad del «ejecutor». Finalmente, Luzón Peña entiende también que el que da la orden puede ser autor mediato, puesto que puede llegar a «determinar objetivamente el hecho», y esto es, según este autor, lo decisivo para decidir la existencia o no de autoría.

C) ROXIN, TuT, p. 642, señala que el BGH lo utiliza como argumento para justificar la admisibilidad de la figura del «autor tras el autor» (BGHSt 35, 353); y que también en el extranjero se ha asentado esta figura: en el proceso en contra de la Junta General argentina tanto la defensa como la acusación del Tribunal Superior se basaban en la autoría mediata de los Generales bajo el «dominio de la voluntad de los aparatos de poder organizados».

(21) ROXIN, TuT, 232.

respectivamente (22). En lo que a nuestro tema se refiere, podemos avanzar que tanto los que dan las órdenes en el seno de un aparato de poder organizado como los que las ejecutan son considerados autores. Los primeros autores mediatos y los segundos autores directos (23). La autoría del ejecutor de propia mano, siempre, por supuesto, que no concurre una causa que excluya la antijuricidad de su conducta, es indiscutible, y así lo estima la doctrina aboslutamente dominante. Más problemática es la afirmación de que *también son autores los que imparten las órdenes en el seno de un aparato de poder organizado*. A continuación analizaremos cómo y por qué se llega a esta conclusión. Después de afirmar que lo que fundamenta la autoría en la autoría mediata es el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, se pregunta Roxin cuándo en concreto concurre esta situación. Parece claro —dice— que el dominio de la voluntad del hombre de atrás puede basarse bien en la coacción o bien el error del instrumento. Sin embargo —se pregunta— ¿se agotan con ellas todas las formas de autoría mediata? Su respuesta no se hace esperar: No. Sólo basta observar, en su opinión, lo que ocurrió durante el régimen nazi en Alemania: el hombre de atrás utilizaba un aparato organizado de personas para cometer sus crímenes. La particularidad de estos casos residía en que la coacción y el engaño no servía para fundamentar la autoría mediata del hombre de atrás simplemente porque normalmente se trataba de un ejecutor plenamente capaz. ¿Cómo, entonces, explicar su autoría? Lo característico de estos casos es precisamente el hecho de que el hombre de atrás construye una organización que funciona con independencia del estado cambiante de sus miembros. En realidad, funciona con independencia del ejecutor individual, es casi una máquina, su funcionamiento es automático. Dicho de otro modo y en palabras de Gimbernat, el que desde atrás, instalado en cualquier posición de mandos, aprieta el botón y requiere para que se asesinen, puede confiar en que se cumplirá la orden sin que necesite conocer al ejecutor. No es preciso que acuda a los medios de coacción o del engaño. Pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan a la realización del delito elude su tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar sin que se perjudique la realización del plan total.

En definitiva, el factor que fundamenta en estos casos la autoría mediata parece ser la *fungibilidad del ejecutor*. La característica principal

(22) ROXIN, TuT, 626 ss. Cfr. críticamente CEREZO, *Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal, La Reforma del Derecho Penal*, 1980, ed. Mir Puig, pp. 231 ss.; o en *Problemas Fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 333 ss, para este autor, en los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo, o en parte, la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho. La distinción que hace Roxin entre el dominio de la acción y dominio de la voluntad es artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción.

(23) Ver ROXIN, TuT, 242 ss., p. 642 ss; *el mismo*, LK 1978, 10 ed. § 25, nr. 88; *el mismo*, *Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter*, Lange-FS, 1976, p. 193; *el mismo*, GA 1963, p. 200 ss.; *el mismo*, *Sobre la autoría...* p. 61 ss.

de este tercer supuesto de autoría mediata es que en estos casos el ejecutor inmediato es también autor y como tal puede ser castigado: se trata de un ejecutor que actúa antijurídicamente y además culpablemente. No obstante, esa circunstancia no empece a que el hombre de atrás siga conservando el dominio del hecho: desde su punto de vista, el ejecutor inmediato es una figura anónima e intercambiable a discreción. Es tan sólo una ruedecilla en el engranaje del aparato que puede ser substituida en cualquier momento. El hombre de atrás conserva el dominio del hecho porque al construir el aparato de poder se asegura que el cumplimiento de sus órdenes no dependa del ejecutor individual: en caso de que uno no lo haga, lo hará otro. Así pues según esta concepción, tanto el hombre que da la primera orden como el último que la ejecuta son autores. ¿Qué sucede, sin embargo, con todos los otros personajes del aparato de poder? Como se ha puesto de relieve al comienzo de este trabajo, estos supuestos se caracterizan por la existencia de una larga cadena de personas a través de las cuales se va transmitiendo la orden. ¿Son todos ellos autores? Roxin tiene también una respuesta clara a esta cuestión. En efecto, para él todo aquél que puede dictar órdenes a personas a él subordinadas es autor mediato de los hechos punibles que se ejecutan. Es irrelevante el que actúe por propia iniciativa o en interés y por encargo de instancias superiores. Lo decisivo para afirmar su autoría es que pueda movilizar por sí mismo el aparato de poder. En cambio, toda actividad que no pone en marcha autónomamente al aparato sólo fundamentará participación. Este será el caso del que, por ejemplo, toma parte con una función asesora, del que sin autoridad para dar órdenes, proyecta planes de exterminio, del que proporciona instrumentos para cometer asesinatos (24)..... No toda asociación o complot para delinquir puede fundamentar autoría mediata del que da las órdenes. El llamado «jefe de la banda» que asume la dirección del atraco será a lo sumo coautor del plan acordado, pero de él no se dirá que ejerce el dominio de la voluntad a través de un aparato de poder organizado.

4.3. Otra parte de la doctrina propone castigar a ordenante y ejecutor como *coautores*. Esta es la solución que proponen Jescheck, Otto, Samson y en parte también Jakobs (25) entre otros. Según esta opinión la autoría es ciertamente un concepto primario, es decir, goza de prioridad frente a la participación. En consecuencia, la autoría mediata, al ser una verdadera autoría, es también un concepto primario y es preferente res-

(24) Ver ROXIN, TuT, 242 ss., 642 ss.; *El mismo*, LK 1978 § 25, Nr. 88; *El mismo*, Lange-FS, p. 193 ss.; *El mismo*, GA 1963, p. 198 ss.; *El mismo*, *Sobre la autoría...* p. 61 ss.

(25) JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal I y II*, trad. Mir Puig/Muñoz Conde, 1981, p. 928, entiende, sin embargo, que en determinados casos el «hombre de la central» puede ser autor mediato o partícipe, lo primero sucederá, en su opinión, si el ejecutor directo es un instrumento que actúa sin antijuridicidad; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht*, AT, 3 ed. 1988, p. 324; SAMSON, E., SK I, 1985, *Comentario al § 25, Nr. 36*; JACKOBS, G., *Strafrecht*, AT, *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*.

pecto de la participación. Hasta aquí coincidiría la mayoría de la doctrina. No obstante, esto tiene un claro límite: cuando el ejecutor directo es él mismo responsable queda vedada la autoría mediata del hombre de atrás, en otras palabras, rechazan la figura del autor tras el autor no sólo como supuesto de autoría mediata, sino como estructura ontológicamente válida. En los supuestos objeto de nuestro estudio el ejecutor directo es responsable. Por lo tanto, no puede apreciarse autoría mediata del hombre de atrás. No obstante, opinan que tiene razón Roxin al señalar como característica de estas constelaciones la existencia de unos aparatos de poder y su organización jerárquica. Partiendo de esta consideración, entienden que cabe la posibilidad de castigar a ambos sujetos como coautores. Señalan como características de la coautoría la existencia de un plan común y el dominio funcional del hecho. En efecto, según esta opinión, la coautoría se fundamenta en estos supuestos del siguiente modo: por un lado, el dominio de la organización por parte del hombre de atrás permite hablar de dominio funcional y por lo tanto de autoría en estos casos; por otro lado, en la misma existencia de la organización puede verse el plan común. A esta posición se le han dirigido diversas críticas. En primer lugar, se ha dicho que es dudosa la existencia de dominio funcional por parte del hombre de atrás. Efectivamente, la doctrina mayoritaria comparte la idea de que dicho dominio funcional será tal siempre y cuando se actualice de alguna manera en la fase ejecutiva. En cambio, en los supuestos que ahora estamos estudiando el hombre de atrás que da las órdenes, generalmente no actualiza su función de dirigente en la fase de ejecución, y en este sentido, la presente tesis está en abierta oposición con la mayoritariamente aceptada (26). En segundo lugar, la generalidad de la doctrina admite como requisitos de la coautoría la existencia de un plan común y el hecho de que todos los intervinientes se conozcan mutuamente. Y es debido precisamente a estos dos elementos que deciden cometer el hecho conjuntamente. Pero como señala Roxin (27), en los supuestos de delitos cometidos por medio de un aparato de poder falta no sólo la ejecución conjunta, sino también la decisión conjunta y el plan común, pues no debemos en ningún momento olvidar que estamos frente a organizaciones jerárquicas. En ellas el ejecutor raramente conoce a la persona que imparte primeramente la orden. Esta le llega, generalmente, a través de una cadena de sujetos. No parece pues aceptable la solución de la coautoría ya que faltan por lo menos algunos de los requisitos fundamentales de esta estructura: el plan común y el acuerdo mutuo. En efecto, como se ha señalado, la organización jerárquica habla en contra de la coautoría. El plan común y el acuerdo pueden a lo sumo existir entre los sujetos que forman parte de la cúpula

(26) De esta opinión, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., ADP 1984, p. 113.

(27) Ver ROXIN, C., TuT, 642; *El mismo*, Lange-FS, p. 193; *El mismo*, GA 1963: 200, not. 19.

de estas organizaciones. No debe olvidarse que el que da la orden no conoce la mayoría de las veces al ejecutor. El dominio funcional tampoco existe: no hay un reparto de funciones realizado de común acuerdo. No obstante también esta teoría resulta en algo acertada. Efectivamente, en mi opinión, acierta este sector doctrinal en señalar que a los jefes les corresponderá casi siempre la pena de autor. Y en que entre ellos sí puede existir coautoría.

4.4. Cabe todavía la posibilidad de acudir a la *participación*. En efecto, otra de las tesis sostenidas por la doctrina consiste en entender que la cadena de sujetos que da las órdenes son todos ellos partícipes, mientras que el único autor propiamente dicho será el ejecutor material del delito (28). El problema reside luego en determinar qué clase de participación constituye: inducción, cooperación necesaria o mera complicidad. Desde esta perspectiva, se considera que las actividades que inequívocamente criminales fundamentan en el caso normal la cooperación necesaria, son constitutivas en esta clase de delitos sólo de complicidad. El cambio de calificación se debe a que no es lo mismo colaborar a un delito con una contribución de la que sabemos que si nos negamos a prestarla, van a surgir dificultades para encontrar a alguien que nos sustituya (condición escasa) que si somos conscientes de que tales dificultades apenas existen (condición abundante). Así, los mandos intermedios encargados de transmitir la orden serán castigados como cómplices. El único supuesto en que un miembro intermedio puede ser hecho responsable como autor (autor por inducción) es cuando su orden se desvía del plan establecido e incluye como víctimas a sujetos cuya muerte no estaba prevista; pues respecto de estas muertes la idea parte de él y es él el que convence, el que induce: no existe ninguna instancia superior a la que pueda remitir su responsabilidad. De esta teoría sorprende el hecho de que considere al hombre que maneja el aparato como mero partícipe. En efecto, castigar al propio «cerebro» de todos los delitos cometidos por la organización con una pena que depende, o dicho de otro modo, que es en realidad accesorio a la del ejecutor, no me parece en todos los casos una solución adecuada, ni obligada desde una teoría de la pertenencia del hecho. Es cierto que la mayoría de las veces el hecho de que el ejecutor directo sea penalmente responsable permitirá castigar a los ordenantes como partícipes. Como sabemos, el principio de accesoriedad limitada, sólo exige, para la punición del partícipe, una conducta antijurídica del autor principal. Desde el punto de vista de justicia material y de la pena adecuadada, no existen, en principio, diferencias penológicas entre calificar dicha conducta de participación grave o de autoría propiamente dicha. No obstante, deben ponerse de manifiesto

(28) En este sentido: GIMBERNAT, E., *Autor...*, pp. 180 ss.; COBO/VIVES, *Derecho Penal*, PG, 2 ed. 1987, p. 530, not. 42; SPENDEL, G., *Der Täter hinter dem Täter -eine notwendige Rechtsfigur?* Lange-FS, 1976, p. 171.

algunas cuestiones: Primero, no debe olvidarse que la participación es accesoria de la autoría, y que por lo tanto su punición depende de que se cometa un hecho principal antijurídico. En consecuencia, puede darse el caso de que el ejecutor actúe en el último momento justificadamente con lo que el que imparte la orden quedaría en este caso impune, a no ser que se recurra a la autoría mediata (autor mediato a través de un instrumento que actúa justificadamente). De todas formas, ello no tiene que ser necesariamente de este modo. En efecto, deben distinguirse dos supuestos. Uno, *participar en un hecho justificado*, esto es, conociendo el partícipe la concurrencia de una causa de justificación (por ejemplo, inducir a alguien a que se defienda legítimamente...), caso en el que me parece clara la *impunidad del partícipe*. Y dos, *participar en un hecho «prima facie» no justificado, actuando el autor, no obstante, en el último momento de forma justificada*, circunstancia esta desconocida por el partícipe, por lo menos en el momento de llevar a cabo su participación (por ejemplo, inducir a alguien a que mate a otro, resultando luego que el inducido lo mata en legítima defensa —no provocada—), caso en el que *no me parece evidente la impunidad del partícipe* (29). Segundo, no siempre la participación tiene la misma pena que la autoría. No es así, si se califica la conducta del ordenante de mera complicidad en el hecho. De seguirse esta posición, resultará que al cerebro de toda la operación se le castigará con una pena inferior a la del autor. Por ejemplo, en el ámbito del tráfico de drogas podría llegarse a la conclusión que el sujeto que se mantiene detrás del sillón planeándolo todo se le castigaría como cómplice del encargado de transportar la droga. Tercero, si entendemos que su comportamiento debe dar lugar a una participación de aquellas que el Código penal castiga como autoría nos encontraremos con el problema de decidir si se trata de una inducción o de una cooperación necesaria. Si nos decidimos por la inducción nos enfrentaremos con el problema de la inducción en cadena, figura rechazada por la mayoría de la doctrina (30) y su delimitación de la inducción mediata, que sí puede ser válida. La cooperación necesaria será una calificación, a priori, casi siempre posible, desde el punto de vista dogmático. Pero la cuestión será entonces decidir si valorativamente es correcto considerar a los ordenantes meros partícipes. Es decir, debe valorarse si es apropiado entender que su responsabilidad es dependiente y secundaria de la del verdadero autor. Hay que poner de manifiesto, no obstante, que en Derecho penal español, a diferencia del alemán, no habrá diferencias penológicas (31).

(29) Considero que en este supuesto la causa de justificación no debe beneficiar al partícipe, pues en el hecho en el que va a participar no concurren, por lo menos en el momento de su participación, los presupuestos objetivos de justificación, ni cree el partícipe que vaya a concurrir supuesto de error. Otra cuestión es a título de a qué debería ser castigado el tal partícipe.

(30) Ver, por todos, GIMBERNAT, *Autor...*

(31) Sobre la inducción, y las diferencias con la complicidad y cooperación psíquicas, ver BALDÓ, ADP, 1989, pp. 1091 ss.

4.5. Procede ahora hacer un breve balance de algunas de las propuestas examinadas. La solución de la autoría mediata presenta, en estos casos, graves dificultades de fundamentación. En primer lugar, no *está claro que la estructura del «autor tras el autor» sea un caso de autoría mediata*. Por lo menos existe una *diferencia*: el instrumento del autor mediato no responde penalmente, mientras que en el autor tras el autor la existencia de un propio autor responsable de la ejecución no impide considerar autor al hombre de atrás. Se dice, que la característica principal del autor, desde un punto de vista estructural (32), es que es la última causa moral (entre ésta y el resultado no interviene ninguna causa moral más) y, en consecuencia, es directamente responsable por la producción del resultado. En los supuestos de «autor tras el autor», el hombre de atrás no puede verse como la última causa moral: después de su orden es necesaria la intervención de otras causas morales para que tenga lugar el resultado. Por ello, al jefe se le podrá considerar a lo sumo «indirectamente responsable por» el resultado. La responsabilidad indirecta, según esta posición, no puede dar lugar nunca a autoría, sino que es característica de la participación. Esta observación plantea, en realidad, el problema del concepto de causa moral y el de la distinción entre directamente/indirectamente responsable por el resultado. Es cierto que en estos casos existe una vinculación más estrecha, más fuerte, entre el hombre de atrás y el ejecutor que en la mera participación. No se trata solamente de que el jefe de la organización influya a sus subordinados, o de que ejerza sobre ellos autoridad moral. El que recibe una orden del jefe sabe que tiene que cumplirla, de lo contrario se le aplicará la sanción apropiada, que en determinados casos puede llegar a ser su propia muerte o la de sus allegados. Por otra parte ser miembro de una organización de este tipo se debe a una propia elección (a no ser que el aparato sea el mismo Estado, o una organización con personalidad jurídica, entes, en principio destinados a finalidades lícitas); pero, no es menos cierto, que una vez dentro entre el jefe y sus subordinados puede establecerse —aunque no necesariamente— una relaciones parecidas a determinados estados coactivos (33), o a veces al miedo insuperable. El que no cumple es drásticamente sancionado, se le priva de todos sus derechos, deja de ser un «hombre de honor». Por otra parte, recordemos que el incumplimiento no conlleva el fracaso del plan. Este llegará en todo caso a buen fin. El fracaso únicamente lo sufrirá el ejecutor. Son precisamente este conjunto de circunstancias —fungibilidad del ejecutor, organización jerárquica, existencia de un código moral y sancionatorio propio, relación de casi obediencia obligada y coactiva entre jefe y subordinados....—

(32) JOERDEN, J. C., *Strukturen des strafrechtlichen Werantwortlichekeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettung*, 1988, p. 87 ss.

(33) Sobre posibles estructuras de estado de necesidad coactivo y sus variantes, ver ampliamente, BALDÓ, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994.

las que permiten decir que el hombre de atrás ocupa una posición especial en la escena del crimen. Ahora bien, que llegue a ser tan especial que pueda decirse que el hecho le pertenece dependerá de cada caso en concreto, de la clase de delito que se cometa, y del tipo de organización (estatal, privada lícita, privada ilícita...). En definitiva, calificar de autor o de partícipe al jefe de un aparato de poder organizado no puede concretarse a priori y con carácter general. Dependerá de la clase de intervención, de la clase de delito que ordene ejecutar, y, en fin, de las características del aparato de poder. Debe advertirse que, de acuerdo con el concepto de autoría aquí mantenido, el hecho de que el jefe no ejecute actos estrictamente típicos, no impedirá, por sí sólo, la calificación de autoría, pues, como hemos dicho, lo que importa es que pueda entenderse que el autor realiza el hecho. En algunos delitos bastará, para que esto suceda, la realización de la parte intelectual del delito, en otros se requerirá la ejecución de propia mano, y finalmente, puede suceder que se precise una combinación de ambas formas. Entiendo que podría ser útil la utilización de un concepto de *autor intelectual*, entendido éste no como un mero inductor, sino como un sujeto con responsabilidad independiente, no sujeto, por tanto, al principio de accesoriedad limitada. Tal vez podría esta forma de autoría haber hallado cobijo en el art. 14.2. primer inciso, del Código Penal 1973, si se entendiera que el que «fuerza» ejerce fuerza moral. De este modo, el que da la orden fuerza de algún modo a sus subordinados a que la ejecuten. Como dice Ruiz Antón (34), «ni se le obliga materialmente al sujeto a ejecutar el delito, ni se le utiliza como mero instrumento, pero tampoco se le da opción a motivarse por sí mismo para formar una resolución, como sucede en la inducción, sino que debido a la presión psíquica que se ejerce sobre él, se le fuerza a delinquir». Esta presión no tiene que llegar a tener entidad suficiente para poder anular la motivación. Pues, en este caso, habría autoría mediata. Debe insistirse en que la característica principal de los supuestos que analizamos es el hecho de que el ejecutor material pueda ser castigado también como autor, puesto que actúa antijurídica y culpablemente. Esta característica es a la vez la mayor dificultad que presentan estas constelaciones. Efectivamente, su aceptación implica admitir, por lo menos en algunos casos, la discutida figura del «autor tras el autor». Es decir, ejecutor material y hombre de atrás son los dos autores responsables y como a tales se les debe castigar. Pero la cuestión no es esta, sino otra: ¿la autoría del hombre de atrás depende exclusivamente del grado de responsabilidad del hombre de delante? Si la respuesta fuera afirmativa esta posición del autor tras el autor debería ser rechazada.

(34) RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 213; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., *Sobre los elementos del hecho típico en la inducción*, CPC 1990, p. 102. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría...*, p. 725.

IV

5.1. En conclusión, *tiene sentido hablar de autoría y participación en el seno de un aparato de poder organizado*. Pues ciertamente, por lo menos aquellas actuaciones que no conllevan la puesta en marcha del aparato ejecutivo deberán considerarse conductas de participación, y más concretamente de complicidad. Pero, *¿puede mantenerse esta distinción en la regulación del tráfico de drogas?* La redacción del tipo básico de tráfico de drogas —tanto en el Código penal vigente al momento de redactar este Comentario, como en el nuevo Código penal de noviembre de 1995— es sumamente amplio. De aquí que se haya considerado en numerosas ocasiones que estamos frente a un concepto unitario de autor, con la consiguiente imposibilidad de distinguir entre autoría y participación (35). De hecho son numerosas las sentencias en este sentido, y pocas las que abogan por la diferenciación. Si esta tesis es correcta, cualquier intervención relacionada con el tráfico de drogas realizada en el seno de una organización podrá ser calificada de autoría sin más y la agravante de organización se aplicará en todo caso. Si por el contrario, entendemos que es posible diferenciar actos de autoría de actos de participación deberemos determinar en qué supuestos podemos hacer uso de la agravación. De este problema nos ocuparemos en el apartado 5.3. al estudiar distintas estructuras que pueden darse. De todos modos, quiero adelantar que, según entiendo, el proceder correcto en esta materia debe ser el siguiente: primero, averiguar cuál es el concepto de autor más adecuado a nuestra legislación. La respuesta absolutamente mayoritaria entiende, con buen juicio, que es el concepto restrictivo de autor. Y, en segundo lugar, interpretar los preceptos de la Parte Especial, ahora el tráfico de drogas, de acuerdo con ello. En consecuencia, habrá de ser posible distinguir entre autoría y participación en este delito. Pues no hay razón, el precepto no lo impone, para acoger, en contra del reo, un concepto unitario de autor. Ciertamente que al referirse la regulación a los que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas....» parece incluir cualquier actividad por indirecta que sea ésta respecto del consumo. **Pero para que los actos de promover, favorecer o facilitar puedan dar lugar a responsabilidad por autoría deben estar en relación directa con el consumo ilegal de las sustancias mencionadas en el precepto.** De este modo, conductas que en realidad signifiquen facilitar la facilitación, deberían quedar excluidas del ámbito de la autoría. Se trata pues, de reducir el sentido literal posible del precepto a favor del reo.

(35) Parte de la doctrina española, no obstante admite la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, ver por todos, TORIO LÓPEZ, *Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Prof. A. Beristain, p. 950.

5.2. Otro de los problemas apuntado al inicio de estas páginas era el *concurso que debía establecerse entre el tipo agravado de primer orden por organización y el delito de asociación ilícita* previsto tanto en el Código en vigor al momento de redactar estas páginas, como en el recientemente aprobado, pero todavía pendiente de entrar en vigor. Me parece correcta la opinión de aquellos autores (36) que aprecian concurso de leyes entre ambos preceptos, a favor del tráfico de drogas agravado cuando la organización tenga como único fin la difusión de drogas. Antes de la reforma de 1992, se planteaba el problema de los preceptos a aplicar en caso de que la organización tuviera sólo parcialmente el fin de difundir drogas, coexistiendo otros fines igualmente ilícitos (vgr. tráfico de armas, transplante de órganos...). Había quien defendía el concurso real entre ambos preceptos (37). Entiendo que ya no va ser posible dicha interpretación habida cuenta que el Código contempla (en la versión a punto de desaparecer y en la que está a punto de aparecer) específicamente el problema. Efectivamente, constituye una agravante el hecho de que el «culpable participe en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito». El problema deberá resolverse entoces dentro del marco penal, y no en la teoría del concurso, tal y como se propone en el siguiente apartado.

5.3. En definitiva, sería conveniente que la jurisprudencia tuviera en cuenta las *distintas estructuras* que pueden aparecer con significado lesivo distinto, y por lo tanto *con posibles efectos en la pena a imponer*. Algunas de ellas son las siguientes:

1. Realizar alguna de las acciones del tipo básico:

1.1. *de forma individual*: por ejemplo, A vende droga a B. Aplicación del tipo básico (art. 344 CP 1973, o art. 368 CP 1995)

1.2. *en autoría mediata* utilizando alguno de los *instrumentos clásicos*: por ejemplo, A entrega a B una bolsa de la que dice contener caviar para que la venda a C y posteriormente le entregue el dinero. Aplicación a A del tipo básico (art. 344 CP 1973, o art. 368 CP 1995). B queda impune por ser un instrumento que actúa atípicamente.

1.3. *en coautoría simple*: A y B realizan actos de cultivo de droga. Aplicación a ambos del tipo básico (art. 344 CP 1973, o art. 368 CP 1995).

1.4. *utilizando un aparato de poder organizado* (sólo en los casos en que se acepte como forma de autoría, de otro modo podrá concurrir otra de las estructuras definidas en los apartados anteriores):

(36) Ver por todos, L.F. REY HUIDOBRO, *El delito...*, p. 361 ss.

(37) *Vid.* nota anterior.

1.4.1. *que tiene por finalidad difundir la droga*: A, jefe de una organización, realiza una llamada para ordenar a B que se ocupe de la venta de una cantidad de droga. B realiza otra llamada para ordenar a C que se ocupe junto con sus hombres de la venta de la droga. Aplicación del art. 344 bis b) CP 1973, o art. 370 CP 1995.

1.4.2. *que no tiene por finalidad difundir la droga*: A, jefe de una organización, realiza una llamada para ordenar a B que se ocupe del cultivo de una planta de la que podrá luego fabricarse droga. B realiza otra llamada para ordenar a C que se ocupe junto con sus hombres del cultivo. No procede la aplicación de la agravante por organización (art. 344 bis a), 6 CP 1973 o 369 CP 1995) puesto que está ausente la finalidad de difundir. Ello impide que pueda aplicarse la agravante de segundo orden, la cual, como se ha dicho exige la presencia una organización que tenga por finalidad la difusión. Si concurre el tipo básico de tráfico de drogas, art. 344 CP 1973, o 368 Código penal 1995. Esto permite examinar si puede entrar en juego algún otro supuesto agravado. En teoría, caben por lo menos dos posibilidades, una, apreciar un concurso de delitos entre el tráfico de drogas y la asociación ilícita, o dos, estimar el tipo agravado correspondiente de tráfico de drogas. Entiendo que debe aplicarse el art. 344 bis a) 8, del Código penal 1973, o el 369, 7º, primer inciso CP 1995, y no la solución del concurso de delitos, por el principio de especialidad.

2. Realizar alguna de las acciones del tipo básico perteneciendo el sujeto activo a una organización o asociación (sin valerse de ella para cometer el delito, pues en este caso se trata —para quienes lo acepten— de un supuesto descrito en la estructura 1.4.):

2.1. *la organización o asociación tiene como fin único la difusión de drogas*: A es el encargado de vender la droga que le proporciona B, ambos pertenecientes a la organización Z. Aplicación del art. 344 bis a) 6, CP 1973, o 369, 6 CP 1995.

2.2. *el sujeto activo participa en otras actividades delictivas organizadas*: A, además de ser miembro de la organización Z (tráfico de drogas), pertenece a una organización dedicada al tráfico de residuos tóxicos. Supuesto previsto en el art. 344 bis a) 8, CP 1973 o art. 369, 7 CP 1995. Obsérvese que el marco penal que corresponde a este supuesto es el mismo que el descrito en el 2.1., aunque en realidad, la conducta aquí descrita parece ser más gravosa. Por ello, anteriormente a 1992, parte de la doctrina estimaba que estas conductas entraban en concurso con el delito de asociación ilícita. Actualmente esta solución es dudosa habida cuenta de su expresa contemplación, con lo que las reglas del concurso de leyes llevarán a la aplicación del precepto más específico. De todos modos, habría que tener en cuenta esta especial gravedad aunque sólo sea dentro del marco penal legal.

2.3. *El sujeto activo ejecuta otras actividades delictivas organizadas facilitadas por el tráfico de drogas:* A quiere comprar una partida de armas, y a cambio entrega droga. Supuesto previsto en el art. 344 bis a) 9, CP 1973, o 369, 7. CP 1995. Son de aplicación las mismas observaciones realizadas para la estructura 2.2.

3. Realizar alguna actividad de participación sin ser miembro de organización o asociación alguna:

3.1. *participando en los hechos realizados por un miembro de una organización o asociación:*

3.1.1. *participación especialmente grave:* A va al aeropuerto a recoger un paquete en nombre de B (miembro de una organización destinada al tráfico de drogas). Puede suceder: primero: que A sepa que B pertenece a una organización; segundo: que A no lo sepa. En la primera variante sería discutible la aplicación de la agravante de organización, en la segunda entiendo que no cabe apreciarla (38).

3.1.2. *complicidad:* A indica a B donde puede adquirir droga. Primero: A sabe que B pertenece a una organización. Segundo: A no lo sabe. Valen las consideraciones realizadas para la estructura 3.1.1.

3.2. *participando en hechos realizados por un autor que no es miembro de organización o asociación alguna,* ya sea 3.2.1. mediante participación especialmente grave, o, 3.2.2. mediante complicidad. Aquí debe partirse del tipo básico (a no ser, por supuesto, que concurra alguna otra agravante), y aplicar las reglas generales de determinación de la pena.

4. Realizar alguna actividad de participación siendo miembro de la organización o asociación dedicadas a la difusión de drogas:

4.1. *participación especialmente grave:* A miembro de la organización Z transporta (como cooperador necesario) la droga a la ciudad de destino. Será posible la aplicación el tipo agravado.

4.2. *complicidad:* A miembro de la organización Z, indica a B donde puede adquirir la droga. La determinación de la pena de B es discutible que deba realizarse a partir del tipo agravado.

(38) Aquí se plantea el problema de la comunicación de las circunstancias agravantes de la parte especial a los partícipes, sobre ello ver por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 679 ss.; GONZÁLEZ CUSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1988.

5. *Pertenecer a la organización o asociación dedicadas a la difusión de drogas y no realizar acción alguna descrita en el tipo básico:*

En los hechos probados sólo consta que A es miembro de la organización Z, pero no se tienen pruebas de que haya realizado acto alguno descrito en el tipo básico. Habrá que recurrir al delito de asociaciones ilícitas (arts. 173 y ss. CP 1973 o art. 515 y ss. CP 1995).

6. *Realizar alguna de las acciones descritas en el tipo básico concurriendo a la vez más de una agravante de primer grado:*

A, miembro de la organización Z, introduce droga en un establecimiento penitenciario. La concreción judicial de pena debe tener en cuenta, dentro del marco legal establecido, que concurren dos y no sólo una agravante.

7. *Realizar alguna de las acciones descritas en el tipo básico concurriendo alguna agravante de segundo grado:*

7.1. *sin ninguna otra clase de agravantes:* La conducta de A de vender droga es de extrema gravedad. Aplicación del art. 344 bis b) del CP 1973 o el art. 370 del CP 1995.

7.2. *con una agravante de primer grado:* A, jefe de una organización, ordena la venta de una partida de droga en cantidad de notoria importancia. Aplicación del art. 344 bis b) del CP 1973 o el art. 370 del CP 1995, teniendo en cuenta dentro del marco penal la concurrencia de la agravante de primer grado.

7.3. *con más de una agravante de primer grado:* A, jefe de una organización, ordena la venta de una partida de droga en cantidad de notoria importancia en un establecimiento abierto al público de su propiedad. Aplicación del art. 344 bis b) del CP 1973 o el art. 370 del CP 1995, teniendo en cuenta dentro del marco penal la concurrencia de las agravantes de primer grado.

INDICE GENERAL DEL TOMO XLVIII

FASCICULO II

	<u>Págs.</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>Evolución crítica de la Criminología desde y hacia las Teologías</i> , por Antonio Beristáin	395
<i>La relación «Dolo de peligro» — «Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza»</i> , por María Luisa Maqueda Abreu	419
<i>Pena y proceso: fines comunes y fines específicos</i> , por Teresa Armenta Deu	441
<i>El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales</i> , por Juan José Gómez de la Escalera	465
<i>Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena</i> , por Herminio Ramón Padilla Alba	503
<i>Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: Situación personal y respuesta social e institucional</i> , por Cristina Cuesta Gorostidi	525
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>La inducción a un hecho principal indeterminado</i> , por Rolf Dietrich Herzberg	553
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i> , por D. ^a M. ^a del Carmen Figueroa Navarro	573
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Santiago Mir Puig: «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por Ujala Joshi Jubert	657

INDICE

FASCICULO II

Págs.

DOCTRINAL

- Evolución crítica de la Criminología desde y hacia las Teologías*, por Antonio Beristáin 395
- La relación «Dolo de peligro» — «Dolo (eventual) de lesión». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 «sobre el aceite de colza»*, por María Luisa Maqueda Abreu 419
- Pena y proceso: fines comunes y fines específicos*, por Teresa Armenta Deu 441
- El cómputo temporal en la duración de las penas y en la prescripción de las infracciones penales*, por Juan José Gómez de la Escalera 465
- Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena*, por Herminio Ramón Padilla Alba 503
- Víctimas civiles del terrorismo residentes en Guipúzcoa: Situación personal y respuesta social e institucional*, por Cristina Cuesta Gorostidi 525

CRONICAS EXTRANJERAS

- La inducción a un hecho principal indeterminado*, por Rolf Dietrich Herzberg 553

SECCION LEGISLATIVA

- Disposiciones*, por D.^a M.^a del Carmen Figueroa Navarro 573

SECCION DE JURISPRUDENCIA

- Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, por Santiago Mir Puig: «Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por Ujala Joshi Jubert 657

